UNIVERSITÉ DE RENNES

FACULTÉ DE DROIT

LA PHYSIONOMIE ACTUELLE DU MARIAGE

Dans la Loi de l'Église
Dans la Loi Soviétique
Et dans le Droit Civil Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 30 juin 1931 à 15 heures

PAR

Ghislain BOT

Avocat

Attaché au Parquet du Procureur de la République

MEMBRES DU JURY
- M. LENOAN, *professeur*, *président*.
- M. TRASBOT, *professeur*.
- M. PARIS, *professeur*.

IMPRIMERIE FRANCIS SIMON, RENNES
— 1931 —

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549206_0033

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES

FACULTÉ DE DROIT

LA

PHYSIONOMIE ACTUELLE DU MARIAGE

Dans la Loi de l'Église
Dans la Loi Soviétique
Et dans le Droit Civil Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 30 juin 1931 à 15 heures

PAR

Ghislain BOT

Avocat

Attaché au Parquet du Procureur de la République

MEMBRES DU JURY

M. LENOAN, *professeur*, *président*.
M. TRASBOT, *professeur*.
M. PARIS, *professeur*.

IMPRIMERIE FRANCIS SIMON, RENNES
— 1931 —

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A MON PÈRE ET A MA MÈRE.

En témoignage de ma grande affection.

INTRODUCTION

On incline volontiers à croire que ce qui existe aujourd'hui a toujours existé, sauf peut-être à des époques lointaines ou dans des pays tellement arriérés qu'ils confinent à la barbarie. La civilisation au sein de laquelle nous vivons apparaît à la plupart comme l'aboutissement d'un effort constant vers le bien, presque comme le dernier mot du progrès. Nulle part ce préjugé n'est mieux ancré que sur les questions relatives au mariage et à la famille. C'est, il faut bien le reconnaître, que la famille est notre milieu social même et que les habitudes et les sentiments qu'elle détermine font partie intégrante de notre nature. Et l'homme n'envisage jamais sans crainte un bouleversement éventuel de ses habitudes et de ses affections.

Ces bouleversements cependant se sont toujours produits au cours de l'histoire, et l'on ne peut prêter aux

règles qui président aux rapports de l'homme et de la femme une fixité éternelle.

Il y a treize ans, la Russie nous en donnait une éclatante démonstration. On haussait les épaules : « Le Bolchevisme ? Une affaire russe, cela ne nous concernait pas. » On disait encore de cette nouvelle organisation de la famille : « Une légende sur une terre de légendes », et la réaction semblait inévitable qui allait emporter cette chimère, cette utopie, cette fumée ! Devant ce scepticisme, le bolchevisme continuait son œuvre, impitoyable. Tandis qu'en 1922 et depuis lors, sa doctrine accusait un recul considérable en matière d'économie agricole et industrielle, il n'a cessé, au contraire, de s'acharner dans le domaine de la famille. Le législateur de 1926 allait encore se montrer plus révolutionnaire que celui de 1918.

Bien avant le début de ce siècle, le chef de l'Eglise, Léon XIII, croyait déjà nécessaire de rappeler au monde les biens et les devoirs du mariage dans la célèbre Encyclique *Arcanum divinæ*. Plus près de nous, il y a quelques mois, la puissance spirituelle jetait à nouveau le cri d'alarme, nouvelle tentative presque tragique et désespérée.

Il n'est un secret pour personne que si le communisme n'apparaît pas dans notre pays comme devant constituer un danger à échéance plus ou moins lointaine, il y a fort longtemps que l'on parle d'une crise de moralité et de divorce, d'une crise de mariage et de natalité. L'émancipation de la femme demeure le sujet à la mode et plus que jamais d'actualité.

Aussi ne nous a-t-il pas paru sans intérêt d'aborder le sujet de ce travail, en avouant cependant que si nous en avions entrevu toutes les difficultés, nous ne l'aurions très probablement pas entrepris.

On a déjà dit, on a déjà écrit sur le problème de la famille. Le sujet n'a d'autres limites que l'audace de celui qui l'aborde. Il importe, par conséquent, que nous indiquions le but que nous nous sommes assigné : Présenter un tableau actuel des trois législations et, autant qu'il était possible, restreint aux seules règles qui nous ont semblé indispensables pour montrer leurs tendances et les principes d'où elles découlaient ; puis, comparer ces tendances, ces principes, pour dégager dans l'ensemble les conséquences et l'évolution bien souvent néfastes qu'ils trahissent.

Telle a été notre ambition. C'en était une, en effet, peut-être au-dessus de nos forces...

Nous nous sommes largement étendus sur le Droit canonique, et ceci pour deux raisons : cette législation est particulièrement intéressante et peu connue en dehors de ses spécialistes. Notre Code civil y avait largement puisé. Elle présente, en outre, des ressemblances combien inattendues avec la loi des Soviets, ressemblances qui, si elles n'ont rien de mystérieux, restent cependant assez curieuses en définitive, étant donné l'opposition irréductible des principes fondamentaux sur lesquels reposent ces deux législations.

Enfin, quoique notre sujet ne semble pas nous le permettre, nous avons dû faire appel, çà et là, mais le moins souvent possible, aux précédents de l'ancien Droit Canon.

Il est très difficile, en effet, en étudiant une législation qui s'est formée si lentement, de faire complètement abstraction des instructions du passé.

Nous n'avons pas la prétention de croire que ce modeste travail puisse présenter pour d'autres l'intérêt qu'il a présenté pour nous-même.

Cependant, si imparfait qu'il soit, n'aboutirait-il qu'à susciter seulement la réflexion du lecteur sur des problèmes qui se posent avec de plus en plus d'acuité, nous n'aurions pas à regretter les heures que nous lui avons consacrées [1].

---

(1) Nous avons entrepris cette étude sous la direction de M. Lenoan, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes. L'intérêt et la sympathie que notre Professeur nous a toujours témoignés et qui se sont encore manifestés tant dans ses conseils que dans le souci qu'il a bien voulu prendre en revoyant cette thèse, nous font un devoir de le prier de trouver ici l'hommage de notre profonde et de notre plus respectueuse gratitude.

Nous nous garderons d'oublier notre excellent ami, M. l'abbé Victor Berto, Docteur en Droit canonique et en Théologie, Directeur au Grand Séminaire de Vannes. L'aide précieuse qu'il nous a apportée nous a assuré, croyons-nous, quant au Droit canonique, une parfaite orthodoxie. En cette matière, en effet, nous ne pouvons que nous référer à un tel maître. Sa science n'a eu d'égale que sa patience. Nous lui adressons encore l'expression de notre bien vive reconnaissance et de notre fidèle amitié.

PREMIÈRE PARTIE

Le Lien du Mariage

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU MARIAGE DANS LES LÉGISLATIONS CANONIQUE, CIVILE ET SOVIÉTIQUE

LA LÉGISLATION CANONIQUE

Le mariage, dans la loi de l'Eglise, est un *contrat-sacrement* qui unit indissolublement l'homme et la femme dans une union dont le but principal est la naissance et l'éducation des enfants. Cette union permettra aussi aux époux de supporter, par leur mutuel secours et leur assistance réciproque, le poids de leur commune destinée, tout en assurant une satisfaction honnête aux désirs charnels que la nature impose[1].

Tels sont les buts du mariage ; c'est pour cela que Dieu l'a créé.

Le mariage, en effet, est d'origine divine :

« L'homme apparaît seul devant Dieu et Dieu n'est pas content de son œuvre. Il ne veut pas pour Adam de cette royale solitude. Et, enveloppant Adam d'un mystérieux

(1) « *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis, secundarius mutuum adjutorium et remedium concupiscentiæ.* » (Can. 1013 du *Codex Juris canonici.*)

sommeil, il entr'ouvre ce marbre vivant sculpté de ses mains et animé d'un souffle de sa face. Il en détache une des parties les plus rapprochées du cœur et des sources de la vie et, complétant son œuvre par un miracle aussi grand que celui de la création, il fait apparaître Eve. Le premier homme alors, contemplant l'épanouissement de sa propre vie dans cette compagne que Dieu lui donne, s'écrie : « Voilà vraiment l'os de mes os et la chair de ma chair, c'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse, et ils ne seront plus deux, mais une seule chair. » [1]

L'humanité était ainsi organisée en deux sexes inclinés l'un vers l'autre, se complétant au point de ne constituer qu' « une seule chair » en vue de la génération et de l'éducation des enfants. C'est là, en effet, le but le plus important, la fin première de l'union de l'homme et de la femme ; et, indépendamment de cette utilité religieuse, c'est aussi sa principale utilité sociale dans toute législation séculière. Le premier caractère du mariage nous apparaît donc comme étant un état naturel et d'origine divine.

*
* *

« Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité qui ont, dans le mariage chrétien, une fermeté particulière par le fait même du sacrement. » (CAN. 1013 § 2.)

---

(1) Geneviève SERRIER, *De quelques recherches concernant le Mariage contrat-sacrement*. Thèse Nancy, 1928. — Ce passage est inspiré de CASTELEIN, *Le Droit Naturel*.

Le mariage ne se conçoit, en effet, qu'entre un seul homme et une seule femme. Cette unité, qui repose sur le droit naturel, fut justifiée dès les premiers siècles de l'Eglise par les paroles du Christ : « L'homme s'attachera à son épouse et ils seront deux dans une même chair. » [1] Ils seront *tous les deux et eux seuls une même chair.* Voilà donc établie l'unité du mariage et prohibées la polyandrie (plusieurs hommes pour une seule femme) et la polygynie (plusieurs femmes pour un seul homme). La polygamie est, en effet, contraire à la nature qui assure à peu près l'égalité numérique des sexes. Elle enfreint aussi les règles de la morale et surtout entrave quelquefois (polyandrie) et n'assure qu'imparfaitement, toujours (polygynie), la procréation et la bonne éducation des enfants.

Les époux n'étant plus deux *mais une seule chair,* il est impossible de la dissocier ; le mariage doit être indissoluble et « l'homme ne peut séparer ce que Dieu a uni. » [2] Cette indissolubilité repose elle aussi sur le droit naturel en ce qu'elle permet une meilleure éducation des enfants et répond aux vœux des époux, en assurant la stabilité de leur union.

Ces deux qualités essentielles du mariage — l'unité et l'indissolubilité — n'ont pas toujours présenté, surtout à l'origine, le caractère absolu qu'elles ont dans le droit canonique classique. Il nous suffit pour le moment de les constater, nous réservant plus tard de les préciser lorsque nous aborderons la dissolution du mariage.

---

(1) Evangile selon Saint Marc : « Homo relinquet patrem et matrem et adhærebit ad uxorem suam et *erunt duo in carne una.* »

(2) *Id.* « *Quod Deus conjunxit homo non separet.* »

*
* *

Le mariage, état naturel, un et indissoluble, est un état honorable [1]. L'Eglise l'a affirmé à différentes reprises et a condamné sans restriction les opinions contraires qui s'étaient manifestées [2].

Bien plus, cet état par lui-même honorable est un état *saint* lorsqu'il est contracté par des chrétiens. Ceux-ci y entrent, en effet, par un sacrement qui représente, nous le verrons, le symbole de l'union du Christ et de l'Eglise.

Est-ce à dire qu'il ne soit pas d'état plus honorable pour adorer Dieu ? Incontestablement oui.

Si l'Eglise a dû condamner les doutes sur la sainteté du mariage, c'est que des doutes s'étaient élevés. Le Christ, en effet, vierge lui-même et fils d'une Vierge, n'a pu que conseiller la continence en vue du Royaume des Cieux. La virginité ou la continence, tel est l'idéal que l'Eglise a, de tout temps, exalté [3].

Mais cet état parfait n'est pas accessible à tous. Une élite seule peut l'observer. L'esprit ne triomphe pas éternellement de la chair. La concupiscence, ce vice qui les contient tous, hante, tel un spectre, les disciples du Christ. A tout prix il faut l'éviter, et le mariage s'offre alors comme le seul remède

---

(1) FOURNERET, *Le Mariage chrétien*, p. 9.

(2) Léon Ier au Ve siècle. — Concile de Sens en 1141. — Concile de Latran en 1215, et Benoît XII au XIVe siècle. (FOURNERET, id.)

(3) Faites mourir vos membres, les membres de l'homme terrestre... la fornication, l'impureté, la luxure, toutes choses qui attirent la colère de Dieu sur les fils de l'incrédulité. » Et l'Apôtre de conclure qu' « il est bon pour l'homme de ne pas toucher de femme. » S. PAUL, *Epître aux Caloniens* (III, 5-7) et *Epître aux Corinthiens* (VII, 1).

honorable. Les biens qu'il procurera d'autre part feront oublier le mal dont il est le remède. C'est pour cela que, s'il reste évidemment un état inférieur à celui de la continence, il n'en constitue pas moins l'état honorable et, entre chrétiens, l'état saint expressément recommandé par l'Eglise [1].

*
* *

« Le Christ a élevé à la dignité de sacrement le contrat matrimonial lui-même, entre les baptisés. » (Can. 1012 § 1.)

A l'avènement du Christ, le mariage devient donc l'un des sept sacrements de la Loi nouvelle et confère la grâce à ceux qui le contractent [2]. Mais il n'en est ainsi qu'à l'égard des seuls baptisés, à quelque religion qu'ils appartiennent d'ailleurs [3]. En tant que sacrement, le mariage représente l'union du Christ avec l'Eglise. En contractant mariage, l'homme et la femme réalisent cette union sublime qui représente celle de Jésus avec l'humanité sanctifiée, l'Eglise. Et, par la consommation du mariage, l'union devenant plus intime, le sacrement va acquérir

---

(1) « Celui qui marie sa fille fait bien ; mais celui qui a mis en son cœur la ferme résolution de garder sa fille vierge, fait mieux. » Et : « Si vous ne pouvez vivre dans la continence, mariez-vous, plutôt que de vous consumer dans vos désirs et brûler dans la vie éternelle. » — S. Paul, *Epître aux Corinthiens* VII, 38.)

(2) Dans l'ancienne loi (loi mosaïque), il n'y avait pas de sacrement. Une seule institution avait un effet sensiblement équivalent en ce qu'elle conférait la grâce : c'était la circoncision.

(3) Quant au mariage des non-baptisés, *ou infidèles*, il n'est un sacrement qu'au sens large du mot et il n'est en principe indissoluble qu'étant donnée l'origine religieuse, divine du Mariage. (Gasparri, *Tractatus de Matrimonio*, Paris, 1892, I, p. 122).

la plénitude de sa force, car il représentera encore plus exactement l'union du Fils de Dieu : Celui-ci s'étant fait chair pour racheter le monde, de même entre les époux l'œuvre de chair doit être consommée.

Ce symbole a eu une influence considérable dans l'évolution du droit canonique dont il constitue, pour ainsi dire, un des piliers. Il reste toujours un principe fondamental dont nous verrons les nombreux effets.

Le mariage n'est pas seulement un sacrement, il constitue également un contrat. Ces deux caractères sont inséparables. « C'est pourquoi il ne peut y avoir de contrat matrimonial valide qui ne soit par le fait même un sacrement. » [1] (Can. 1012 § 2.)

N'est-ce pas un paradoxe que d'associer ces deux mots ? N'y a-t-il pas incompatibilité entre les caractères du sacrement et ceux d'un modeste et simple contrat ? Cette union indissoluble qui représente celle du Christ et de l'Eglise, cette union nécessairement dominée par les règles très étroites de la législation canonique et surtout par les lois divines, doit logiquement s'éloigner du caractère contractuel que l'on pourrait, à la rigueur, rencontrer dans une législation civile assez avancée.

Il y a là un aspect très curieux de la législation canonique. Non seulement elle affirme que le mariage est un contrat, mais avant le Concile de Trente, elle y voyait un pur contrat consensuel, dénué par conséquent de toute condition de forme pouvant porter atteinte à sa validité. Le seul échange de la part des futurs époux de leur con-

(1) Il faut toujours sous-entendre « entre baptisés » ou à l'égard de l'époux baptisé, si l'autre est infidèle.

sentement de se considérer actuellement comme mari et femme les constituait en état de mariage valide et indissoluble, et cela sans autorisation, sans publications, sans témoins, et en l'absence de tout prêtre. De droit naturel, on estimait le mariage parfait sans autre condition, et il était parfaitement valide, *jure canonico* [1].

Le Concile de Trente fit d'abord du mariage un contrat formel, nécessitant la présence d'un prêtre et de deux témoins. Depuis lors, le décret *Ne Temere* (1907), dont les dispositions à cet égard ont été sinon accentuées, au moins maintenues par le Codex, a encore renforcé le caractère formel du mariage. A tel point que l'on peut dire, à l'heure actuelle, que le mariage canonique est celui où le caractère contractuel de l'institution est le moins accentué. En affirmant que c'est un contrat, on veut dire par là que la volonté des parties contractantes est nécessaire à sa formation. Il repose sur le consentement des époux. Mais le sacrement qui y est adjoint repousse toutes les autres analogies que l'on chercherait à y trouver avec les contrats ordinaires. Malgré tout, telle est la force des traditions, l'ancien contrat consensuel laisse encore des racines. Nous en verrons la preuve dans la théorie du consentement et dans les mariages sans prêtre. Il y a là des inconséquences que l'histoire seule peut expliquer.

Quels rapports existe-t-il entre le contrat d'une part, et d'autre part le sacrement ? Ils sont inséparables

---

(1) Nous verrons que l'échange des consentements n'était même pas exigé dans un certain cas. On le considérait, en effet, comme tacite dans les *mariages présumés*.

(Can. 1012 § 2). Chez les baptisés, l'un ne peut exister sans l'autre, et ils se forment l'un et l'autre par l'échange des consentements. La théologie va nous dire que *la matière prochaine* du sacrement consiste dans les paroles des contractants en tant qu'elles expriment la proposition mutuelle qu'ils se font, et *la forme du sacrement* dans ces mêmes paroles en tant qu'elles expriment l'acceptation de l'offre qui vient d'être faite. Dès ce moment existe le contrat et en même temps le sacrement. Il est difficile, il nous semble, de faire mieux comprendre leur enchevêtrement [1]. Conséquence logique : puisque l'échange de consentement forme le contrat et le sacrement, ce sont les époux eux-mêmes qui sont les ministres de leur mariage et qui se confèrent mutuellement la grâce. Il était donc normal que, par la stricte application de cette théorie, le Concile de Trente n'ait vu dans le rôle du prêtre que celui d'un témoin nécessaire et particulièrement qualifié.

L'interdépendance si étroite du contrat et du sacrement va servir de fondement à la compétence exclusive que revendique l'Eglise sur le mariage.

La parole du Christ : « *Quod Deus conjunxit, homo non separet* » en est le point de départ : « Ce que Dieu a uni... » Dieu lui-même intervient donc comme partie au

---

(1) Voici cependant ce que cela veut dire : lorsque devant l'autel chacun des fiancés propose à l'autre, par la voix du prêtre, de se prendre pour époux, telle est la matière prochaine du sacrement, et lorsqu'ils prononcent le « oui » définitif, le contrat est parfait et constitue au moment où il se produit la forme du sacrement. Ce dernier vient automatiquement, si je puis dire, s'ajouter au contrat. Contrat et sacrement se forment en même temps. Aucun ne précède l'autre, ne serait-ce que d'un instant de raison.

contrat. « C'est lui, cause première de la nature, qui régla, dès le début, par une telle union, la procréation du genre humain... et la voulut anoblir en lui imprimant le sceau divin du sacrement. C'est pourquoi le mariage, serment chrétien, quant au fond et à la sainteté du lien, est un acte essentiellement sacré et religieux dont la réglementation appartient naturellement à la puissance religieuse, non par délégation de l'Etat, mais par mandat du divin fondateur du christianisme. » [1] Si l'on dissocie le contrat du sacrement, si l'on considère isolément le contrat pour l'assujettir à la compétence de l'Etat et « laisser à l'Eglise la seule charge d'une bénédiction rituelle... la conscience... chrétienne ne peut accueillir... cette erreur dogmatique. Elle renverse le concept essentiel du mariage chrétien dans lequel le lien conjugal, sanctifié par la religion, s'identifie au sacrement et constitue inséparablement avec lui un seul sujet et une seule réalité » [2]

La compétence ainsi réduite du pouvoir séculier ne peut donc s'étendre quant au lien matrimonial lui-même, qu'à la réglementation du mariage entre personnes non-baptisées : les infidèles, et avec cette restriction toutefois que les propriétés essentielles du mariage, l'unité et l'indissolubilité soient respectées. Il faut, en effet, tenir compte

---

(1) Les Pères du Concile de Trente avaient commis l'imprudence de reconnaître compétence au pouvoir civil en ce qui concerne le contrat. Mais ils ajoutaient que le pouvoir civil devait en laisser l'exercice à l'Eglise, par déférence envers elle. C'est ce à quoi répond l'expression « non par délégation de l'Etat », expression n'ayant plus aucune portée désormais dans les pays qui, comme le nôtre, ont admis la laïcisation du mariage.

(2) LÉON XIII, 1er Juin 1879. — Ici, c'est évidemment la laïcisation du mariage qui est vivement combattue.

du caractère religieux par son origine et par sa nature de cette sorte d'union. Quant au mariage des baptisés, mêmes non-catholiques, le pouvoir civil n'en peut réglementer que les seuls effets civils [1]. (Can. 1016.)

On comprend aisément que cette doctrine oppose bien souvent et quelquefois violemment l'Eglise et l'Etat. Aucun terrain de conciliation n'est même possible.

*
* *

Le droit canonique assigne aux rapports sexuels une importance toute particulière. Aucune autre législation n'était allée aussi loin dans cette voie. A cet égard, il est évident que l'influence de certaines règles de l'Ecriture a été prépondérante. Les canonistes et les théologiens ont vu des préceptes impératifs dans le célèbre passage de la Genèse : « Et ils seront deux dans une même chair. » Passage qui va produire des « conséquences que la logique la plus subtile et souvent la moins raisonnable pouvait en tirer [2]. Il faut y ajouter l'analogie du mariage avec l'union du Christ et de l'Eglise, nécessitant, nous l'avons vu, l'*unitas carnis* entre les époux. Enfin, le mariage étant conçu comme un remède à la concupiscence, il était normal que l'Eglise aille « se placer franchement au point de vue le plus large et le plus humain en visant à régler le mariage non pas seulement comme une association

(1) Mais il reste à préciser quels sont les seuls effets civils du mariage pour déterminer ainsi les limites de compétence. Or, le *Codex Juris canonici* a oublié de le faire d'une façon précise, et nous verrons qu'il y a là une source de graves difficultés.

(2) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, I, p. 84.

morale des époux, mais comme leur union charnelle, voulue par notre nature même. » ...« L'Eglise verra surtout dans le mariage l'union naturelle ou sexuelle de l'homme, tournée en union légitime comme sauvegarde de la Société et des bonnes mœurs. Comme elle l'a dessiné en plus d'un trait précis, c'est bien l'œuvre de chair, mais ordonnée et sanctifiée dans l'union indissoluble d'un seul homme et d'une seule femme, qu'elle a voulu envisager et organiser comme mariage canonique. » [1]

***

« Le mariage jouit de la faveur du Droit. » (Can. 1014. Cette règle établit incontestablement une présomption de validité ; ce qui revient à dire qu'en cas de doute, le mariage doit être tenu pour valable et sa nullité ne peut être prononcée que si les moyens invoqués y aboutissent de toute évidence. Nous apercevons là un nouveau caractère de la législation canonique. Elle pousse au mariage, elle y pousse tous ceux qui se sentent incapables de vivre dans l'état idéal de la continence, car le mariage évite alors cette redoutable « fornication ». Cette idée explique en grande partie la liberté presque totale qu'elle reconnaît aux enfants de se marier de leur seule autorité dès qu'ils ont atteint l'âge de la puberté. C'est ce qui explique encore qu'avant le Concile de Trente aucune condition de forme n'était exigée pour la validité du lien matrimonial, celui-ci étant parfaitement valable par le

(1) Lefebvre, *Histoire du Droit matrimonial français*, p. 187.

seul fait de la volonté actuelle des époux de se considérer comme tels [1].

***

Il semble alors paradoxal que l'Eglise, qui favorise tant le mariage, ait édicté quant à sa formation des empêchements si nombreux. Ces empêchements sont actuellement peu de chose à côté de ce qu'ils étaient à l'époque classique du Droit canonique. L'Eglise tendit, un moment, sans y parvenir du reste, à prohiber le mariage entre parents, quelque éloigné qu'en fût le degré. Outre les raisons physiologiques qui justifient jusqu'à un certain degré, relativement rapproché, les empêchements fondés sur la parenté, l'Eglise y ajoutait un point de vue qui lui est tout particulier. Un des bienfaits du mariage est de développer par la parenté et l'alliance qu'il fait naître entre les deux familles, des sentiments de charité et d'amour. Un mariage entre parents ne produit pas d'affection nouvelle. Au contraire, entre deux familles étrangères et même ennemies jusqu'alors, le mariage sera par excellence le trait-d'union assurant le règne de la paix [2].

Ces empêchements de parenté à laquelle on assimilait la parenté spirituelle, ces empêchements d'alliance n'étaient pas les seuls à mettre obstacle au mariage. Certains d'entre eux, peu nombreux cependant, ont été purement et simplement supprimés par le Code de 1917. Presque tous ont évolué.

---

(1) On aboutissait même à des résultats que nous jugerions aujourd'hui inadmissibles. Nous le verrons en étudiant les *Mariages présumés*.

(2) Au Moyen-Age, cette idée se concevait fort bien.

Evolution curieuse : nous savons, en effet, qu'aucune condition de forme ne s'imposait aux époux pour s'unir valablement ; leur consentement, même tacite, les constituait en état de mariage. Telle est la règle avant le Concile de Trente. A cette même époque, au contraire, les conditions de fond sont si nombreuses que le mariage contracté, en somme librement, va se trouver bien souvent nul.

Une petite révolution va s'accomplir. Le Concile de Trente impose désormais l'obligation de contracter mariage devant l'Eglise. Cette timide mesure de publicité, cette première condition de forme ne va cesser jusqu'à nos jours de s'accroître, pour aboutir sensiblement à un ensemble de formalités presque semblables à celles qu'exige notre Code civil. Et, en sens inverse, nous verrons tous les jours décroître l'importance de ces empêchements de fonds si nombreux et si dangereux pour la validité du mariage. Ils restent à l'heure actuelle relativement nombreux cependant. Mais le caractère même de la loi qui les impose permet de les écarter par des dispenses très facilement obtenues. La loi, en effet, dans le droit canonique, n'a pas l'autorité absolue qu'elle présente dans la plupart des législations. Celui qui l'établit peut en dispenser dans tel cas particulier où son application présenterait « un plus grand mal ». Elle ne cesse pas pour cela de garder sa vertu générale. Elle a donc la valeur d'un principe plutôt que celle d'une règle impérative. Nous préciserons ce nouveau caractère en étudiant la théorie de la « *dispensatio* ».

Tels sont les caractères généraux de la législation cano-

nique. Ils constituent les principes élémentaires qui planent en quelque sorte sur le mariage chrétien, et l'esprit dogmatique des canonistes et des théologiens n'a pas manqué, comme nous l'avons déjà dit, d'en déduire toute la conséquence qu'on pouvait en tirer.

Il nous a donc semblé nécessaire de les exposer, avant tout. Il nous reste à préciser le rôle et l'autorité de cette législation dans la plupart des Etats modernes et particulièrement en France où la laïcité de l'Etat est définitivement assise et depuis longtemps établie.

La législation et la juridiction de l'Eglise n'ont aucune force obligatoire. La société civile, représentée par l'Etat, est considérée comme parfaitement distincte des sociétés religieuses. Le mariage, considéré comme une institution de cette société civile, est exclusivement soumis à la législation et à la juridiction civiles qui, seules, sont les organes de l'Etat.

Les sociétés religieuses, de leur côté, et l'Eglise catholique en est une, mais n'en est qu'une, peuvent librement et pleinement réglementer le mariage, à leur point de vue particulier, et demander compte à leurs fidèles de l'observation des règles qu'elles ont édictées ; cette réglementation n'a aucune influence sur le droit civil, et la juridiction de l'Eglise n'est qu'une juridiction disciplinaire, facultative et seulement parallèle à celle de l'Etat. En d'autres termes, l'Eglise et l'Etat ont un domaine qui leur est propre. Mais, alors que celui de l'Etat s'impose à l'ensemble de la Nation, celui de l'Eglise ne s'exerce que sur ceux qui veulent bien s'y soumettre.

Tel est le terme que l'on peut considérer aujourd'hui comme définitif d'une longue évolution.

La juridiction canonique est, en effet, passée par trois stades successifs. A l'origine, elle s'est développée et s'est exercée parallèlement à la juridiction des différents Etats avec lesquels elle se trouvait en contact. Pendant les trois premiers siècles de l'Eglise, celle-ci fonctionna en marge de la société Romaine, et ce n'est qu'à partir de l'Edit de Milan [1] que le premier empereur chrétien, Constantin, la reconnaît officiellement.

De société secrète qu'elle était auparavant, elle s'étale désormais au grand jour, mais reste complètement étrangère, totalement indépendante à l'égard de l'Etat.

Après la chute de l'Empire d'Occident, dans les royaumes barbares et sous la monarchie Mérovingienne et Carolingienne, les pouvoirs de l'Eglise restent, en principe, ce qu'ils avaient été jusque là. Cependant, se précisent de minimes mais précieuses conquêtes qui vont faire de l'Eglise l'auxiliaire du pouvoir royal. Celui-ci avoue — déjà — son incapacité et son impuissance à faire régner l'ordre et la justice! Il a besoin d'assistance. L'Eglise lui procurera, en outre, un soulagement.

Elle ne va pas en rester là.

La société devient de plus en plus chrétienne et surtout le pouvoir royal s'effondre. Au x^e^ siècle, la juridiction disciplinaire parallèle de l'Eglise s'est transformée peu à peu en une juridiction exclusive, en matière de mariage principalement. Sa puissance devient considé-

(1) 313 après J.-C.

rable. Elle atteint au XIV^e^ siècle son apogée, et son empire demeurera à peu près intact jusqu'au XVI^e^ siècle. Pendant cinq siècles par conséquent, elle va posséder une compétence absolue en matière matrimoniale.

L'Eglise appliquant seule la loi, il était logique qu'elle n'appliquât que la sienne. Le droit canonique connaît le développement et l'ampleur qu'il devait nécessairement acquérir.

Il est bien évident qu'un tel empiétement sur les pouvoirs « du prince » était loin d'être incontesté [1].

Par un travail de lente désagrégation et exactement inverse, le pouvoir séculier va reprendre pied à pied le terrain qu'il avait abandonné, et l'on peut dire qu'au XVIII^e^ siècle, le but était atteint. Il ne reste plus à l'Eglise que le droit de procéder à la célébration des mariages et la charge de tenir sous le contrôle du pouvoir royal les registres destinés à les constater authentiquement [2]. Il restait donc peu de chose de la compétence primitive des officiaux : les causes relatives aux fiançailles, et encore, avec certaines restrictions. L'Eglise, de nos jours, a d'ailleurs abandonné elle-même ce douloureux souvenir de son ancienne splendeur.

---

(1) Au Moyen-Age, la fortune immobilière de la France était pour la plus grande partie propriété de l'Eglise, et l'on sait qu'à cette époque la fortune mobilière était presque négligeable.

(2) Cette fonction devint même un monopole à partir de la révocation de l'Edit de Nantes. Les cultes réformés étant considérés dès lors comme inexistants dans le Royaume, il y avait là une situation attentatoire à la liberté de conscience. Il fallut attendre l'Edit du 28 Novembre 1787 — à la veille de la Révolution par conséquent — qui permit aux non-catholiques de faire recevoir leur déclaration de mariage par le juge royal du lieu. Cet Edit peut être considéré comme ayant créé le mariage civil dans notre pays.

La Révolution ne pouvait qu'adopter, en la terminant, l'œuvre entreprise. La sécularisation définitive du mariage et celle de l'état-civil furent ensemble consacrées par la Constitution de 1791 (titre II, art. 7), aux termes de laquelle « la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil. » Plus tard, le décret des 20 et 25 septembre 1792 vint décider que le mariage serait célébré par l'officier municipal et dans la maison commune du lieu du domicile de l'une des parties.

La disposition de la Constitution de 1791 ne considérant le mariage que comme un contrat civil, n'a pas été reproduite dans notre Code, une disposition analogue figurant au projet en avait été retranchée comme superflue. Par conséquent, elle a été implicitement maintenue, et nous en connaissons la portée. Elle établit donc la distinction si tranchée des premiers siècles du christianisme entre le domaine du Droit laïque, le seul qui soit légalement obligatoire pour tous les citoyens, et celui de la réglementation confessionnelle dont l'observation est une pure affaire de conscience individuelle [1].

---

(1) Cette évolution qui s'est accomplie à notre exemple par un certain nombre de législations étrangères, ne s'est pas encore produite ou ne s'est produite qu'en partie chez certaines autres nations.

Parmi les pays qui, comme le nôtre, n'accordent de valeur légale qu'au mariage civil, citons : la Belgique, l'Allemagne, la Russie, la Suisse, les Pays-Bas, la Hongrie, et la plupart des Républiques de l'Amérique du Sud. Enfin, tout dernièrement, l'Espagne.

Dans certaines autres contrées : Autriche, Angleterre, Etats-Unis, le mariage civil existe, mais parallèlement au mariage religieux, soit que les époux aient le choix entre l'une et l'autre forme, soit que la forme civile ne soit établie que pour les personnes n'appartenant pas à la religion dominante.

Enfin, depuis les accords du Latran du 11 février 1929, l'Italie n'est pas, quoi qu'on en ait dit, le pays où triomphe la législation canonique du mariage. Sans doute, cette législation a remplacé la législation civile et produit seule des effets civils, sans

Ainsi restreint dans son application, le Droit canonique ne pouvait manquer, en tant que doctrine juridique, de subir une autre décadence. Le droit actuel n'est plus l'ensemble harmonieux et complet qu'il constituait à l'époque classique. Lui aussi en est revenu à sa condition primitive, c'est-à-dire à se confondre avec la théologie. Malgré la codification récente de ses règles éparses opérée en 1917 par le *Codex juris canonici,* ce caractère ne pourrait que s'accentuer si le concordat signé ces dernières années par le Pape et Mussolini ne laissait prévoir une évolution contraire, étant donné que le Droit Canon constitue désormais en Italie une législation civile, donc vivante. Si ce concordat n'est pas un marché de dupes, s'il doit encore quelque peu durer, on peut penser revoir des canonistes aux lieu et place de purs théologiens.

---

doute les tribunaux ecclésiastiques ont reconquis la juridiction exclusive en matière de mariage, mais seulement pour les catholiques qui veulent bien s'y soumettre. Les non-catholiques gardent toujours la législation civile, laïque et neutre, garantie élémentaire de leur liberté de conscience.

LE CODE CIVIL

La Constitution de 1791 n'a jamais dit que le mariage n'est qu'un contrat civil, mais seulement que la loi le *considère* exclusivement à ce point de vue, ce qui est tout différent. Et ce serait une erreur de croire que le législateur français, en prenant cette position, ait produit du mariage une conception entièrement nouvelle et ne se rattachant en rien au droit canonique ; « ce serait un résultat contraire aux lois générales du développement historique. » [1] Sans doute, notre Code civil différait du droit canonique sur des points essentiels qui, nous le verrons, ont évidemment subsisté. Mais, dans la plupart de ses dispositions de fond ou de forme, le Code ne faisait que reproduire, sécularisées et légèrement modifiées, les règles auxquelles le droit canonique était arrivé, complété par la jurisprudence de l'ancienne France. Notre loi civile a ainsi recueilli sous bénéfice d'inventaire une bonne part de l'héritage canonique, et l'interprétation « que donne la doctrine de ses dispositions en matière de mariage, garde plus nettement encore, par

(1) ESMEIN. *Op. cit.*, I, p. 47.

une tradition fidèle, la marque de l'enseignement des canonistes. » [1]

La doctrine, peut-être ! Et encore, nous ne pensons pas que cette formule soit aujourd'hui très exacte. La doctrine a quelque peu aidé la jurisprudence dans une interprétation incessante du Code de 1804, pour aboutir à écarter chaque jour davantage les caractères de notre droit actuel de ceux de sa charte primitive, et par conséquent plus encore de ceux de la législation canonique. Le législateur avait son mot à dire, et il n'y a pas manqué, non seulement en consacrant les initiatives des tribunaux, mais en adaptant avec eux à l'état des mœurs une législation qui s'avère de moins en moins en rapport précisément avec ces mœurs auxquelles elle doit s'adapter.

Il était d'ailleurs fatal que le Code civil évoluât. « L'Eglise peut déclarer sa législation inébranlable... car elle capable d'agir sur les mœurs. Chaque fois qu'elles s'éloigneront de son idéal, elle peut prétendre y ramener ses fidèles par les sanctions dont elle dispose. » Au contraire, le pouvoir de coercition de l'Etat est pratiquement illusoire, car il constitue une autre société dont l'essence et le but sont profondément différents. » [2]

Nous allons voir très rapidement les principaux caractères du Code de 1804, pour mieux suivre l'étendue et la gravité de l'évolution qu'il a subie.

*
* *

(1) Esmein. Op. cit., I, p. 48.

(2) Lerebours-Pigeonnière, *Livre du Centenaire du Code civil*, p. 278.

Le Code civil a oublié de définir le mariage. Ce n'était pas absolument nécessaire. Bien des définitions d'ailleurs devaient être proposées. L'une d'entre elles, légèrement modifiée, nous paraît assez exactement résumer les caractères de l'union conjugale :

« Le mariage est le contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent *en vue de fonder une nouvelle famille,* en vue de vivre en commun, en se prêtant mutuellement assistance et secours, sous la direction du mari, chef du ménage. » [1]

Bien que nulle part le Code ne le dise expressément, il est bien évident qu'au fond, le but du mariage n'est autre chose que l'union sexuelle, reconnue par la loi, parce que la procréation des enfants crée des devoirs particuliers aux parents. L'intérêt des enfants exige l'intervention de règles édictées par l'autorité sociale pour contraindre les parents à l'exécution des obligations qui leur incombent. Et la société est directement et la première intéressée au strict accomplissement de ces obligations. En sanctionnant le mariage, elle se protège elle-même. Il lui assure une plus grande moralité des individus dans

---

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français.* 4e édition, I, p. 113.

Certains auteurs prétendent que les traits essentiels du mariage, devant par conséquent entraîner sa définition, seraient sa force obligatoire et sa durée. Il serait : « l'acte juridique par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré. » (PLANIOL). — Outre son manque de précision, cette définition a le tort d'en rester à l'esprit du Code de 1804. A l'heure actuelle, en effet, on peut prétendre sans exagération que le mariage peut être rompu au gré *des* époux.

leurs rapports charnels. Il constitue la meilleure protection de la femme. L'intérêt de celle-ci est inséparable de celui des enfants qu'elle a mis au monde. Les attaches qui les ont longuement unies sont trop profondes pour qu'elles cessent le jour de la naissance. Protéger l'un, c'est donc protéger l'autre. Et il est plus facile et plus normal d'attacher à la femme le protecteur naturel, c'est-à-dire l'homme, pour le mieux attacher à l'enfant .

Le but du mariage est donc bien l'union charnelle des deux sexes, union sexuelle devant ou pouvant toujours aboutir à sa fin naturelle : la procréation des enfants. C'est également, nous l'avons vu, le principe même du droit canonique.

Mais il est impossible que cette « fin première du mariage » soit exclusivement la seule à être prise en considération. Le mariage n'est pas prohibé entre personnes d'un âge trop avancé. La loi permet les unions *in extremis,* auxquelles elle reconnaît tous les effets civils des unions ordinaires. On peut encore, comme il a été dit, contracter mariage pour porter ensemble « le poids de la commune destinée ». Enfin, si l'on se marie par amour, on se marie par raison, par intérêt, par ambition, par reconnaissance ou par devoir. Ces unions ont une valeur juridique, à défaut très souvent d'une dignité morale, égale à celle des autres unions.

***

Le mariage est un contrat. Il résulte d'un accord des volontés et il produit des obligations. N'est-ce pas là la conception classique du contrat ? L'opinion à peu près

unanime et indiscutée l'a considéré longtemps comme tel. Au début de notre siècle, cette conception commence à être vivement discutée et il devient de mode de le considérer comme une institution. Le mariage dans le Code civil présentait en réalité, d'une façon plus accentuée, ce caractère d'institution sociale que l'on va lui reconnaître précisément à l'époque où le législateur accentue son caractère de contrat.

Le mariage est un contrat et une institution. Il ne peut pas être ou tout l'un ou tout l'autre, et les deux termes s'opposant doivent être conciliés.

Au nom de la liberté des conventions, le seul pouvoir de la volonté toute puissante ne peut produire en notre matière la plénitude des effets vers lesquels elle tend. D'autant plus que, seule capable de produire de quelconques obligations, elle pourrait également les anéantir en se manifestant dans un sens opposé.

Le mariage, au contraire, présentant un caractère social très accentué, doit être soumis à certaines règles d'ordre public. Il doit constituer un ensemble de règles imposées par l'Etat et auxquelles les parties ont seulement la faculté d'adhérer. Une fois leur adhésion donnée, leur volonté est désormais impuissante et l'institution elle-même produit automatiquement ses effets.

Tel est bien, en effet, le caractère du mariage dans le Code civil. C'est un contrat, car l'article 146 [1] atteste, dans une formule lapidaire, le rôle prépondé-

(1) « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. »

rant attribué au consentement. La théorie des vices du consentement a été également introduite en notre matière en adoptant, en les modifiant un peu, les nullités, sans les considérer comme d'ordre public, c'est-à-dire comme étant toutes d'ordre absolu [1].

Mais, et c'est ici qu'apparaît le caractère d'institution du mariage, les parties ne seront pas admises à débattre les conditions ou les obligations du contrat, et en principe elles ne peuvent pas le résoudre selon leur fantaisie [2]. En somme, l'individu en se mariant ne doit avoir d'autre liberté que celle de se marier ou de rester célibataire et d'autre choix que celui de la personne à laquelle il s'unit. Les effets du mariage sont réglementés ou par la loi, ou par la coutume. Les droits et devoirs réciproques des époux, les droits et devoirs des parents et des enfants, l'obéissance de la femme, l'autorité du mari, ne peuvent faire l'objet d'un marchandage quelconque et doivent être sanctionnés, en cas de manquement aux règles qui les imposent.

Seule, la question du divorce peut faire douter du caractère institutionnel du mariage, d'autant plus que le Code de 1804 l'autorisait par consentement mutuel, ce qui peut laisser supposer à première vue que le mariage récupère ainsi un certain caractère contractuel. Au contraire, le divorce, selon la loi qui le rétablissait en 1884, reposant sur des causes constituant une faute grave de l'un des époux, pourrait laisser croire que le caractère

(1) C'est ce que fait le Droit canonique.

(2) Le Droit canonique, au contraire, permet jusqu'à un certain point le mariage conditionnel.

de l'institution l'emporte à nouveau. Et c'est exactement l'inverse.

Si le Code civil primitif établissait le divorce par consentement mutuel, c'est qu'il estimait que la volonté persévérante des époux prouvait suffisamment qu'il existait, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce, cause indéterminée, mais présumée. Au contraire, les causes actuelles de divorce sont théoriquement déterminées et, reposant sur l'idée de faute, semblent exclure, par là même, un concours de volonté. Malheureusement, étant donnée l'extension de la notion de l'injure grave, il est aujourd'hui parfaitement possible, moyennant une mise en scène élémentaire, de déguiser sous les aspects d'une prétendue faute un véritable accord n'ayant d'autres raisons que le bon plaisir et la fantaisie des époux.

Ce résultat montre que si la volonté des époux forme le mariage, elle peut aussi le dissoudre, et ainsi se trouve accentué son caractère de contrat. Ce n'est pas seulement dans cette question du divorce que le caractère contractuel s'est accentué. On ne peut pas dire que dans la seule législation cette tendance ne s'est pas expressément et autrement manifestée.

*
* *

Le Code civil, comme le droit canonique, faisait reposer la famille sur le principe d'autorité : soumission des enfants aux parents et de la femme au mari. Règne de celui-ci sur ce « noyau irréductible » que constitue son foyer. Sans doute l'autorité paternelle, la puissance

maritale et l'incapacité de la femme mariée figurent toujours dans nos lois, mais elles ne sont plus intactes, et déjà dans nos mœurs ont-elles d'autre valeur que celle d'un principe ridicule et désuet, d'un souvenir d'un autre âge !

Le législateur et la jurisprudence ne commandent pas les mœurs, mais ce sont celles-ci, au contraire, qui les guident, et ils ne font que les suivre avec un certain retard. L'évolution qui s'est produite jusqu'à ce jour est déjà considérable. Elle est d'ailleurs relativement récente.

Comme en beaucoup d'autres matières, le droit du mariage, tel que le Code civil venait de le consacrer, a été d'abord l'objet d'un grand respect. On ne trouve pas de loi en cette matière avant celle juridiquement peu importante du 10 décembre 1850 sur le mariage des indigents. Le rétablissement du divorce en 1884 n'eut pas de contrecoup direct sur la législation du mariage. Mais à la fin du XIX^e^ siècle et depuis le commencement du XX^e^ et même très près de nous, de nombreuses lois sont venues bouleverser les textes primitifs.

Elles ont porté et sur les conditions de fond et sur les conditions de forme du mariage, cela en vue de le rendre toujours plus facile devant les progrès de l'union libre. L'enfant, acquérant une individualité qu'il n'avait jamais connue, a provoqué l'apparition de lois destinées à le protéger et qui constituaient des atteintes au principe de l'autorité paternelle. L'autorité maritale a été surtout mise en échec par la loi du 13 juillet 1907, pen-

dant que la tendance à l'élargissement du divorce nécessitait l'intervention du législateur et des tribunaux.

Plus loin, nous mesurerons mieux l'évolution déjà considérable de notre Code et le danger redoutable qu'elle fait courir à la famille.

LA LOI DES SOVIETS

Vivant depuis plus de dix ans sous la dictature révolutionnaire, la Russie nouvelle, il y a peu de temps encore, restait ce qu'elle avait toujours été : « une terre de légendes ». La révolution qui venait de la bouleverser de fond en comble n'avait pas soulevé, quoi qu'on en dise, une émotion ou même un étonnement si considérable que le besoin d'en être complètement informé s'imposât dès lors à la grande majorité. Le scepticisme et l'ironie allaient de pair avec l'indifférence, et ce n'est que peu à peu, par la réclame intéressée de ses partisans politiques ou des journalistes, que le voile s'est lentement soulevé. L'inquiétude commençait à poindre à mesure que se prolongeait l'expérience, et l'on chercha davantage des sources plus sûres d'une plus complète information.

Dans une étude purement objective du système bolchevique, il est d'abord impossible de s'inspirer des écrits ou articles émanant de ceux qui, systématiquement et par principe, ne peuvent que dénigrer sinon ridiculiser l'organisation actuelle de la Russie. Il est également impossible de ne se fier qu'aux partisans ou apôtres illuminés du nouvel évangile [1].

---

(1) V. à ce sujet : Henri BARBUSSE, *Russie*. Sans que cette œuvre soit un modèle du genre, elle peut à cet égard, mais à cet égard seulement, être utilement consultée.

Plus intéressants sont les renseignements, non des sympathisants timides, mais des esprits impartiaux, assez rares cependant, qui considèrent l'expérience qui se tente avec la curiosité de celui qui s'étonne et qui cherche à comprendre, à seule fin de juger.

Quelques rares ouvrages de droit sont à ranger dans cette catégorie et constituent par conséquent pour le lecteur la source la plus sûre où il pourra puiser [1].

Enfin, les Codes de la famille russe sont les témoins formels, irrécusables, qui permettent aux juristes sinon de tout déduire, au moins de bien souvent affirmer [2].

La loi russe présente une première et frappante analogie avec la loi de l'Eglise. L'une et l'autre ne sont que la traduction ou l'expression d'une religion. Ici, religion nouvelle, chez un peuple — le Slave — essentiellement religieux. L'ancienne religion, c'est l' « opium du peuple ». Il faut la vaincre, la frapper à la tête dans son Eglise déjà discréditée, mais donner à l'âme mystique du prolétaire un nouvel aliment à sa foi : la religion communiste. « Celle-ci, comme les autres, aura son Dieu : Marx ; son prophète : Lénine, et depuis 1923 son lieu sacré : le tombeau de la Place Rouge. » [3] La famille, considérée par les révolutionnaires comme essentiellement représentative des forces et des traditions de l'ancienne

---

(1) Citons la remarquable thèse de notre excellent confrère et ami M. Pierre CHAPLET, Avocat à la Cour de Rennes : *La famille et le droit des personnes dans la législation soviétique*, que suivait bientôt une autre thèse de M. P. NOIRAULT : *La famille russe sous le régime communiste*. (Poitiers, 1930.)

(2) *Codes de la famille soviétique*, traduits par M. PATOUILLET. (Giard, 1925 et 1929).

(3) NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 25.

société, devait nécessairement être l'objet des plus vives attaques. Celles-ci se résument dans ces paroles de Mme Kollontaï [1] : « Aucune évolution n'est possible, tant que la famille et l'esprit familial existeront... Elle est une institution bourgeoise inventée par l'Eglise, et il faut la détruire. » [2]

Institution bourgeoise, œuvre du christianisme, la famille est encore un odieux esclavage.

L'homme en est l'un des esclaves et, au nom de la plus stricte et complète liberté de l'individu, tant exaltée par les Soviets, il doit en être libéré. Mais il faut surtout en libérer les éternels esclaves : la femme et l'enfant. Le principe de la liberté individuelle l'exige, le principe de l'égalité des individus, et partant des sexes, le commande impérieusement. Il faut faire de la femme l'égale complète de l'homme. En réalité ce n'est pas un but en lui-même, c'est un vulgaire moyen d'obtenir son adhésion et son concours au nouveau régime politique. Nous verrons que ce n'est qu'une séduction, une basse débauche accompagnée de promesses fallacieuses et de flatteries « pour que la Révolution réussisse. » « Il nous faut la femme... et pour l'avoir il faut la sortir de son foyer, détruire en elle le sentiment égoïste et instinctif de l'amour maternel. La femme n'est qu'une femelle, une chienne si elle aime ses enfants. » [3] A cette émancipation de la femme et pour des buts identiques doit correspondre

---

(1) Elle est ambassadrice en Norvège. Nous ne doutons pas de sa parfaite orthodoxie.

(2) Cité par H. Savatier : *La Russie bolcheviste vue à travers les lois*, p. 26.

(3) Rapporté par H. Savatier. *Op. cit.*, p. 26.

l'émancipation de l'enfant. C'est en le sortant de sa famille et pour le soustraire à une influence que l'on redoute comme néfaste qu'il faut agir sur l'enfant, l'adulte de demain, pour en faire dès son jeune âge un communiste convaincu.

Ces grands et beaux principes, dominés, nous insistons sur ce point, par les idées de liberté, d'égalité et d'individualisme, nous allons les retrouver, traduits en articles de loi, dans la législation de la famille. Elle se traduisit tout d'abord dans le Code de 1923 [1] qui prononçait en premier lieu la laïcisation du mariage. Il convenait, en effet, de procéder au divorce radical entre l'Eglise russe et l'Etat. Aussi l'article 52 du Code de 1923 disposait-il que « seul, le mariage civil (laïque), enregistré dans les organes d'enregistrement des actes de l'état-civil, engendre les droits et devoirs d'époux. » L'article 2 du Code de 1927 précise à nouveau que « les documents attestant le fait de la célébration du mariage selon les rites religieux n'ont aucune valeur juridique. »

Mais cette réforme de 1923 qu'opérait ce premier Code, maintenait le mariage en le transformant de contrat-sacrement qu'il était auparavant, en contrat civil et solennel, nécessitant par conséquent pour sa validité un certain nombre de conditions de fond et de forme

---

(1) Après quatre années (1917-1921) d'une improvisation législative que lui imposait la nécessité de détruire les assises séculaires du Droit russe, le législateur révolutionnaire se trouvait en présence d'un amoncellement de décrets sans liens entre eux parce que rendus au jour le jour. Il fallait se résigner à suivre l'exemple bourgeois. De là est né le Code de 1923, devenu applicable à l'ensemble des territoires de l' « Union des Républiques socialistes soviétiques » (U. R. S. S.) à compter du 30 décembre 1922, date de la création officielle de l'Etat Fédéral.

sanctionnées par des nullités. Sans doute le divorce était-il largement permis, mais après intervention du pouvoir social, représenté par ses tribunaux. En somme, c'était un mariage « bourgeois » dans un code « bourgeois » qui consacrait expressément la distinction fondamentale entre les unions légitimes et illégitimes. Le législateur lui-même s'en excusait en invoquant notamment la nécessité de procéder par étapes successives à la réalisation intégrale du communisme et laissait espérer des jours meilleurs. Un tel mariage était en effet inadmissible qui, pour produire des effets, devait être soumis à l'accomplissement de certaines formalités, formalités constituant une entrave intolérable à la manifestation libre et spontanée des volontés individuelles.

A la fin de 1925 on croit le moment venu de soumettre au Tsik (Comité Central exécutif chargé de légiférer) un nouveau projet de loi qui rendait l'enregistrement du mariage facultatif et créait l'égalité absolue de toutes les unions. Surprise et désillusion ! On se heurte à l'opposition opiniâtre des délégués paysans qui obtiennent le retrait provisoire de ce projet en même temps qu'il est décidé de procéder à une vaste enquête dans le pays [1]. Elle révèle la même opposition irréductible. Mais à la

---

(1) Voici quelques-uns des arguments qui étaient invoqués :
« Comment concevoir une épouse qui ne serait pas enregistrée : ce n'est pas une vache qu'on introduit dans la maison, mais une femme. »
« Le nouveau projet n'est autre qu'un acte légalisant la multiplicité des mariages et le fait d'avoir plusieurs femmes, ce projet est contraire... à la légalité, c'est un acte apportant avec la polygamie, le chagrin, la ruine de toute morale et la dégénérescence. »
V. à ce sujet NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 30-31.

réunion suivante du Tsik, en novembre 1926, et après quelques amendements consentis pour la forme, l'ensemble du projet était définitivement adopté. Il constitue le Code de la Famille de 1927, applicable et appliqué depuis le 1er Janvier de cette même année.

Alors que dans le domaine économique les Soviets ont dû consentir un recul très marqué en rétablissant, quoi qu'on en dise, un capitalisme atténué, dans le domaine de la famille cette réforme constituait un progrès très net vers la stricte réalisation de la plus pure doctrine.

C'est le triomphe de la souveraineté de l'individu, de l'autonomie de la volonté. C'est la consécration des idées de liberté, d'égalité et d'individualisme [1]. N'imposer à l'individu que le minimum de gêne et de formalités, et pas la moindre chaîne ; s'il consent à contracter quelques légères obligations, lui permettre de s'en délier aussi facilement qu'il les a acceptées : voilà le but auquel répond le nouveau Code. La réalisation est bien simple. On peut dire qu'il suffisait d'y penser : le mariage se conclut désormais sans la moindre formalité. La seule volonté des époux est sur ce point toute puissante. Leur volonté est-elle, même, bien nécessaire ? De simples circonstances de fait peuvent les constituer en état de mariage, et celui-ci résulte alors de rapports intimes d'une certaine continuité, et alliés peut-être à une certaine communauté de vie. Et du même coup disparaissent

(1) Mais ne l'oublions pas, seulement dans les rapports des individus entre eux, seulement au sein de la famille, c'est-à-dire là où ils doivent être limités. Là où ils devraient être plus libres, c'est-à-dire à l'égard de l'Etat, celui-ci conserve la souveraineté la plus absolue et reste à ce point de vue antidémocratique. C'est, en définitive, une dictature odieuse.

ces unions illégitimes bassement flétries du terme de concubinage [1].

Au sein de cette nouvelle association conjugale, les époux jouissent de l'égalité des droits, d'une absence presque complète de devoirs et surtout de l'absence totale de la moindre subordination, particulièrement de la femme au mari. Le féminisme a donc satisfaction.

Si cette chaîne, bien légère cependant, devient insupportable, le simple désir de l'un des conjoints lui permettra de s'en délivrer aussi facilement qu'il s'y est imprudemment engagé.

Enfin, comme le communisme se pique d'assurer la protection de la femme et celle de l'enfant — bien qu'en leur assurant la plus complète liberté et la plus stricte égalité, on pourrait croire qu'ils sont assez grands et suffisamment armés pour se protéger eux-mêmes — un système très simple et efficace permettra dans tous les cas de déterminer le véritable mari et le vrai père pour le contraindre à assurer les obligations qu'il a contribué à créer [2]. Obligations passagères, d'ailleurs, aussi bien pour la femme que pour l'homme, car l'Etat doit prendre à sa charge, dans un avenir plus ou moins lointain, l'enfant qui lui appartient.

---

(1) Mme Kollontaï a, paraît-il, regretté qu'on n'étende pas davantage les bases du mariage, de façon à y faire rentrer « les rencontres d'un soir » ! Nous pensons que le Code lui donne satisfaction, au moins quant aux suites éventuelles de ces rencontres. Et c'est là l'essentiel.

(2) On lit en effet dans la disposition sur la mise en vigueur du Code que son but est de « régler les rapports de Droit qui découlent du mariage... sur les bases des nouvelles formes de vie révolutionnaires, afin d'assurer les intérêts de la mère et particulièrement des enfants. »

Voilà les principes dont s'inspire le Code russe de la famille et dont chacun de ses articles contient la réalisation.

Avant d'en aborder l'étude on peut prévoir qu'un abîme sépare cette conception de l'union conjugale de celle de notre Code civil ou du droit canonique. Çà et là, nous rencontrerons des ressemblances frappantes comme peuvent en produire par hasard des principes opposés ou normalement des tendances identiques. On a pu soutenir, en effet, que le droit soviétique n'avait en réalité rien innové et que son seul mérite, si on ose dire, était d'avoir adapté à des fins communistes des conceptions essentiellement bourgeoises et même cléricales.

C'est en définitive cette seule adaptation qui caractérise la législation russe et ce sont ses tendances qui sont par conséquent néfastes à la société.

Or, il est incontestable que dans notre pays, bien éloigné encore du communisme, ces mêmes tendances se manifestent, et de façon d'autant plus graves qu'elles sont communes à toutes les classes, à tous les milieux et à toutes les situations sociales. Le communisme exalte l'autonomie de la volonté, la liberté individuelle, l'individualisme et, pour tout dire, l'égoïsme le plus absolu. Peut-on nier que l'évolution de notre Code civil dans les cinquante dernières années, évolution qui continuera demain en s'accentuant peut-être et peut-être en se précipitant, n'ait pas sa cause, sinon unique, au moins principale, dans ces mêmes tendances qui sont les manifestations de l'égoïsme ? Le féminisme, par exemple, est-il bien autre chose, et n'est-ce pas pour émanciper

la femme que les Soviets ruinent la famille ? Il ne nous semble pas dénué d'intérêt de montrer le péril.

Nous pouvons avouer qu'il n'est pas dans notre pensée de présenter la législation canonique du mariage comme le modèle-type qui s'impose à tous. Sans méconnaître qu'elle est essentiellement protectrice de la famille, on doit constater qu'elle constitue un idéal trop rigide et partant trop difficilement accessible à la majorité des citoyens. Qu'elle reste un modèle enviable et une discipline volontaire, c'est là son rôle et son utilité, car elle se confond trop avec la morale pour que toute société n'en puisse pas profiter.

Mais nous avons une législation laïque, donc neutre, garantie de notre liberté de conscience, modérée dans ses principes et par conséquent accessible à tous, suffisamment, encore, protectrice des intérêts de la famille dans laquelle ses membres peuvent quelquefois se plaindre, mais très rarement se révolter. Or, cette famille s'effrite peu à peu, et la famille russe marque le dernier terme, l'achèvement logique, fatal, nécessaire, de son évolution.

CHAPITRE PREMIER

LES FIANÇAILLES

Les promesses de mariage n'ont plus, dans le droit canonique actuel, l'importance qu'elles présentaient dans l'ancien droit. Nous avons vu qu'avant le Concile de Trente, le mariage, véritable contrat consensuel, se formait par le seul échange des consentements qui s'exprimaient dans les *sponsalia per verba de presenti* ou promesses de se prendre et de se considérer *actuellement* comme mari et femme. Identiquement les fiançailles se contractaient par l'échange des *sponsalia per verba de futuro* ou promesses mutuelles de se prendre *plus tard* pour époux. Et on peut dire que seule une différence d'intention distinguait les fiançailles du mariage.

Cette intention pouvait même se manifester d'une façon tacite et se déduire de certains faits.

Que si, en effet, des relations intimes venaient à s'établir entre les fiancés, on y voyait une présomption absolue de la volonté des parties de se prendre actuellement pour époux. Par conséquent, la preuve contraire ne leur

étant pas réservée, sans nouveau consentement, contrairement peut-être à leur volonté, les fiancés se trouvaient nécessairement mariés par suite de cette transformation par l'*unitas carnis* des *verba de futuro* en *verba de presenti*. Ce sont les mariages présumés.

Outre leur clandestinité, ils étaient dangereux à d'autres égards [1]. Ils étaient encore illogiques dans une législation où le mariage repose sur le seul consentement. Le moins, il nous semble, qu'on pouvait dès lors exiger, devait être l'expression formelle, explicite de ce consentement, et il n'aurait jamais dû être tacite [2].

Ajoutons que les fiançailles étaient énergiquement sanctionnées et entraînaient l'obligation de contracter le mariage promis, obligation juridique donnant à chaque fiancé une action devant les tribunaux, qui employaient la plupart du temps leur moyen normal de contrainte : l'excommunication, pour forcer la main du fiancé récalcitrant.

A cette théorie, le décret *Ne Temere* (2 Août 1907) portait un coup mortel, et ce sont ses dispositions qui ont été reproduites par le Code.

La promesse de mariage n'est valable et l'Eglise ne la prend en considération que si elle est faite *par écrit,*

---

(1) Notamment lorsque la fiancée n'était plus vierge, sa non-intégrité physique étant présumée imputable aux œuvres de son fiancé.

(2) On comprend pourquoi la théorie inverse a prévalu : la faveur de l'Eglise pour le mariage devait la contraindre, dans cette hypothèse, à y pousser ceux que leurs relations constituaient en état continuel de fornication.

signée par les parties et par le curé ou l'Ordinaire [1] ou deux témoins. (Can. 1017 § 1). Si ces conditions de forme ne sont pas remplies, les fiançailles sont nulles et de nul effet, non seulement au for externe, mais aussi au for interne [2], ce qui revient à dire que l'inexécution de la promesse ne constitue même pas un péché.

« Le contrat de fiançailles, même parfaitement valable — fait par conséquent suivant les formes déterminées — même si aucune juste cause n'empêche de l'accomplir, ne donne aucun droit à exiger par une action judiciaire la célébration du mariage. Il peut cependant donner lieu à des dommages-intérêts si un préjudice a été causé. » (Can. 1017 § 3.)

L'existence d'un préjudice par suite de l'inexécution de la promesse, et à condition qu'aucune cause légitime ne justifie la rupture, peut donner lieu à la réparation

---

(1) On désigne sous le nom d'Ordinaire, l'Ecclésiastique qui exerce un pouvoir de juridiction. Cette juridiction, soit territoriale, soit personnelle, est inséparable de l'office auquel elle est rattachée.

Sont Ordinaires : le Pape, les Evêques et les Vicaires généraux, les Supérieurs majeurs de Congrégations exemptes.

En général, dans les développements qui vont suivre, l'expression Ordinaire du lieu désigne l'Evêque ou ses Vicaires généraux.

(2) L'Eglise possède deux sortes de juridiction : juridiction de for externe et juridiction de for interne. Celle-ci seule peut être sacramentelle. (Can. 196).

La juridiction de for externe est publique et est exercée par l'Ordinaire et son Tribunal : l'Official, sur *la personne* des fidèles. Une instance en nullité de mariage relève par exemple de cette juridiction.

La juridiction de for interne n'est pas publique et ne s'exerce que sur *la conscience* des fidèles, soit au Tribunal de la Pénitence (elle est alors sacramentelle et c'est la confession), soit de tout autre manière. Elle n'est plus alors sacramentelle et se manifeste d'une infinité de façons différentes. C'est, par exemple, le fait par le curé d'accorder une dispense d'abstinence à l'un de ses paroissiens.

pécuniaire du dommage subi. Tels sont les seuls effets des fiançailles en droit canonique.

*
* *

Le Code civil ignore les fiançailles. Des controverses devaient nécessairement s'élever sur la validité et les effets obligatoires de ces promesses d'union, controverses qui se sont terminées par un arrêt de la Cour de Cassation, en 1838, qui a apporté, en la matière, une solution qui est toujours solidement assise [1].

Les tribunaux considèrent, en effet, que l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut par elle-même motiver une condamnation à des dommages-intérêts, parce qu'une telle éventualité « porterait une atteinte directe à la liberté du mariage ». En d'autres termes, aucune condamnation à des dommages-intérêts ne peut être encourue en vertu d'une responsabilité contractuelle, c'est-à-dire découlant de la seule inexécution de la promesse, mais bien au contraire peut seulement y donner lieu la rupture qui est accompagnée de circonstances qui en font une faute dommageable au fiancé délaissé [2].

C'est donc la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil. Au fiancé abandonné appartiendra donc

---

(1) Civ., 30 mai 1838. — S. 1838, 1, 492.

(2) *Req.*, 16 janvier 1877. — D. P., 1877, 1, 85. — Il nous faut noter cependant que certains auteurs portent, à l'heure actuelle, le problème de la rupture des fiançailles sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Il faudrait aussi y voir un abus du droit de résiliation unilatérale lorsqu'un juste motif ne la justifie pas. Mais il n'y a là qu'une tendance encore timide, et rien ne permet de prévoir qu'elle puisse être adoptée par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence.

la charge de prouver le préjudice qu'il a subi par la faute de l'autre, en ayant au préalable apporté la preuve des fiançailles [1]. Cette dernière preuve se fera par tous les moyens possibles et la plupart du temps la preuve par témoins en constituera le mode normal, car, à l'inverse du droit canonique, les fiançailles sont dans notre droit un pur contrat consensuel se formant indépendamment de toute question de forme et par le seul échange des consentements. En somme, les fiançailles sont restées dans notre droit ce qu'elles étaient dans la loi de l'Eglise avant le décret *Ne Temere*. C'est la seule différence qui les sépare puisque, quant à leurs effets, les deux législations adoptent exactement la même solution qui est, nous venons de le voir, la stricte application de l'article 1382 du Code civil.

Pourquoi l'Eglise fait-elle désormais des fiançailles un contrat soumis à des conditions de forme ?

Il y a là une anomalie que l'on constate et que la raison ne peut expliquer. Peut-être une raison de symétrie : les fiançailles devant subir une évolution parallèle à celle du mariage ? Peut-être y a-t-on vu l'avantage de la preuve préconstituée ? Peut-être en les rendant, par cette innovation, moins fréquentes, a-t-on voulu en diminuer encore l'importance et sauvegarder ainsi d'une façon plus complète la liberté du mariage ?

Sauvegarder la liberté du mariage, c'est la raison qui justifie les effets très restreints et identiques des fiançailles dans notre droit et dans le droit canon. Il n'y a

(1) Le préjudice peut être ou matériel ou moral.

là que l'application de ce principe que dans un milieu social où le mariage offre surtout un intérêt pour la famille, celle-ci présente des garanties suffisantes pour engager les enfants dans les chaînes très rigides des fiançailles. Que si, au contraire, on considère surtout l'intérêt de l'individu, la loi le protège et enlève toute importance juridique aux fiançailles en permettant ainsi de mieux garantir jusqu'au mariage la volonté libre des contractants.

Telle à Rome, l'importance des fiançailles diminuait à mesure que s'émiettait l'autorité du *paterfamilias,* et c'est également la raison pour laquelle le législateur soviétique, en proclamant la liberté absolue de l'individu et l'autonomie de la volonté, n'a pas pris les fiançailles en considération. Ses chaînes bien légères ont été écartées. Nous verrons d'ailleurs qu'il eût été quelque peu ridicule d'instituer des fiançailles lorsque nous saurons en quoi consiste le mariage et quand nous connaîtrons les effets qu'il produit.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS DE FOND REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE

SECTION I

Le Consentement

---

§ 1. — *Le Consentement au Mariage dans le Droit canonique*

En droit canonique la théorie du consentement a une portée très grande et revêt un aspect tout particulier. Très grande, en effet, car le consentement, et lui seul, forme le mariage. Nous verrons, en étudiant sa célébration, ce qu'il faut exactement en penser. Mais cette affirmation était parfaitement exacte antérieurement au Concile de Trente où, nous l'avons déjà dit, le simple échange des *sponsalia de presenti* constituait les époux en état de mariage valide, indissoluble, inattaquable. Et même aujourd'hui, où des conditions de formes, exigées à peine de nullité, peuvent, si elles ne sont pas remplies, rendre nul le mariage ainsi contracté, les canonistes

continueront d'affirmer qu'il n'est rien ajouté au contrat lui-même et que le mariage *consiste* exclusivement dans l'échange des consentements. C'est la théorie que nous connaissons déjà : le mariage est un contrat qui se forme par le consentement, et au moment où il se forme vient s'y adjoindre le sacrement.

Ce caractère de contrat va donner à la théorie du consentement un aspect particulier en ce sens que, lorsque le mariage sera devenu un contrat formel, on ne pourra oublier son caractère primitif de contrat consensuel. L'évolution qu'il a subie l'ont éloigné du pur contrat pour le rapprocher d'une institution, rapprochement d'autant plus logique que le sacrement qui s'y ajoute l'exigeait impérieusement. Il semblait donc normal qu'on ne pût appliquer intégralement au mariage la théorie ordinaire du consentement et de ses vices et permettre ainsi de contester la validité et de provoquer éventuellement la nullité de l'union à la suite de recherches extrêmement subtiles de psychologie.

L'Eglise n'a cependant pas reculé devant ce danger et elle a édifié une théorie très subjective et psychologique du consentement matrimonial.

Le canon 1081 § 1 affirme tout d'abord l'importance du consentement. Il forme le mariage : « Le mariage *consiste* dans le consentement des parties légitimement manifesté entre des personnes habiles en droit. Ce consentement ne peut être suppléé par aucune puissance humaine ». Qu'est-ce donc que ce consentement ? C'est, dira-t-on, l'acte de volonté par lequel l'homme et la femme se prennent pour époux. Sans doute,

mais c'est plus précisément « l'acte de volonté par lequel l'homme et la femme se donnent et acceptent mutuellement un droit, perpétuel et exclusif, sur leur propre corps, afin d'accomplir les actes propres à la génération ». (Can. 1081 § 2.)

En d'autres termes, le consentement est l'acte de volonté par lequel chacun des époux, en se mariant, consent à perdre tous droits sur son propre corps et abandonne ces droits à l'autre époux qui les accepte. C'est d'ailleurs une conséquence logique des fins du mariage : la procréation des enfants ne pourrait avoir lieu si les époux n'étaient pas « deux dans une seule chair », et l'union conjugale ne pourrait être un remède efficace à la concupiscence si l'un des époux n'avait pas la libre disposition du corps de l'autre.

Que si l'une ou l'autre des parties exclut, « par un acte positif de volonté », le mariage lui-même ou tout droit à l'acte conjugal, ou même quelques propriétés essentielles du mariage (unité, indissolubilité), le mariage est nul [1]. (Can. 1086 § 2.) Dans cette hypothèse, en effet, il n'y a pas de consentement, soit que le mariage lui-même soit exclu directement ou indirectement (lorsque les époux se refusent à tous rapports conjugaux, donc en refusant tout consentement), soit en niant une des propriétés essentielles du mariage, propriétés qui s'identifient avec le mariage même.

L'absence totale de consentement peut exister en

---

(1) Mais la volonté formelle de ne pas avoir d'enfant n'entraîne pas la nullité du mariage.

dehors de toute manifestation extérieure. Extérieurement, le consentement semblait avoir été valable, mais ne correspondait pas, en réalité, au consentement « intérieur de l'âme». (Can. 1086 § 1.)

La loi se contente de présumer que ce consentement intérieur « est conforme aux paroles ou signes employés au moment de la célébration ». (Can. 1086 § 1.)

On aperçoit encore là le point de vue très particulier auquel se place l'Eglise, point de vue à notre sens anormal, alors que le mariage, nous le répétons, est un contrat formel ; point de vue dangereux car il permet, pour qui connaît parfaitement la législation canonique, de se ménager plus tard un cas de nullité et, par conséquent, sous ce couvert, un véritable divorce [1]. Mais la force des traditions était trop grande à vaincre. Nous allons encore le vérifier en abordant la théorie des vices du consentement.

Une autre condition que doit réunir le consentement est d'émaner d'une personne raisonnable, ce qui suppose la nécessité d'un certain âge et l'absence complète de maladie mentale.

Le droit canonique fixe à sept ans l'âge de la raison. (Can. 88 § 1.) Mais ici, cet âge est insuffisant pour contracter mariage [2]. Dans l'ancien droit, on présumait l'enfant ayant atteint l'âge de la puberté (12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons) (Can. 88 § 2) capable de

---

(1) De tels cas se réalisent de loin en loin. *Cf.* Fournéret, *Op. cit.*, p. 125.

(2) Bien que des canonistes aient cité le cas d'un enfant de 9 ans « qui nutricem suam gravidaverit. » Esmein. *Op. cit.*, I, p. 286.

comprendre la portée de l'acte qu'il allait accomplir. Le Code ne s'embarrasse plus de cette présomption et, pour la rendre absolue, exige, pour que l'on puisse validement contracter mariage, que l'âge de la puberté légale soit dépassé de deux ans.

L'individu atteint dans ses facultés mentales, à condition que la maladie revête un certain degré, mais quelle que soit la forme sous laquelle elle se manifeste (folie, démence), ne peut légitimement prétendre au mariage. La tendance actuelle du droit canonique est d'interdire toute union, même pendant les intervalles lucides [1].

Traditionnellement, les trois vices du consentement qui peuvent entraîner l'annulation d'un contrat sont : l'erreur, la violence et le dol. Le dol, même dans le droit canonique classique — et cette tradition s'est perpétuée dans notre droit civil — n'a jamais été considéré comme devant entraîner la nullité du mariage. Le mariage, en effet, est un sacrement, et les manœuvres frauduleuses ne peuvent porter un préjudice à celui qui les subit, puisqu'en le forçant à contracter elles l'ont conduit « au bien. » [2] La solution contraire serait évidemment plus logique et découlerait naturellement de la stricte application de la théorie des contrats. Mais la logique le cède ici à la faveur dont jouit le mariage qui, entaché de dol, conservera donc sa pleine validité.

On s'attendrait également à voir l'erreur — vice du consentement et cause de nullité — restreinte ici à ce

(1) Fourneret. *Op. cit.*, p. 119. Autre différence avec notre Droit civil.

(2) Esmein. *Op. cit.*, I, p. 310.

qui semble être son seul domaine, c'est-à-dire n'entraînant la nullité du mariage que portant sur la personne même de l'un des contractants et non sur ses qualités.

Le droit canonique va prendre d'abord en considération l'erreur et sur la nature et la cause du contrat.

Une erreur sur l'une des propriétés essentielles du mariage — unité, indissolubilité, caractère sacramentel — du moment que cette propriété n'est pas formellement exclue [1], n'entraîne pas la nullité du contrat [2]. Etant donné que ces propriétés essentielles s'identifient avec le mariage lui-même, on peut dire que le droit canonique n'a adopté cette solution que pour des raisons d'opportunité, la validité du mariage aurait été rendue trop fragile.

Tout autre est l'erreur sur la nature même du contrat. Il faut supposer que l'un des époux ignorait contracter mariage. Dans ce cas, purement théorique, il y a absence totale de consentement, et l'erreur étant prouvée, doit certainement annuler le mariage. Il n'y a là rien de spécial au droit canonique.

Nous avons vu en quoi consistait exactement le consentement et sur quel point précis devait se porter l'acte de volonté. (Can. 1081 § 2.) L'ignorance par l'un des époux de ces droits un peu spéciaux qu'il abandonne à son conjoint et qu'il en acquiert, doit entraîner la nullité du mariage, puisqu'il y a alors absence totale de consentement.

---

(1) C'est alors l'hypothèse du can. 1086 § 2.
(2) Can. 1084.

Il en est bien ainsi. Toutefois, l'Eglise ne va pas exiger des futurs époux la connaissance exacte des relations conjugales et par là même se poser en promoteur de l'éducation sexuelle. Elle exige seulement « pour que le consentement matrimonial soit valable — lisez pour que le mariage soit valide — que les contractants sachent au moins que le mariage est une société permanente entre l'homme et la femme pour la procréation. Cette ignorance n'est pas présumée après la puberté. » (Can. 1082 §§ 1 et 2.)

Ce qui revient à dire que l'erreur complète sur ce que l'on peut appeler la cause du contrat [1] entraîne la nullité de ce contrat, c'est-à-dire du mariage.

Erreur complète, disons-nous, car il suffit en effet que les époux, en se mariant, aient conscience de la nécessité d'une certaine union des corps pour l'œuvre de la génération [2]. Cette formule est assez large pour assurer suffisamment la solidité de l'union conjugale et, à notre époque, l'Eglise pourrait sans inconvénient exiger des connaissances plus approfondies, l'ignorance complète étant une éventualité qui, même chez la jeune fille la plus timide, n'est plus à craindre aujourd'hui.

Une erreur sur la personne entraîne, en principe, la nullité du mariage.

Le premier cas, presque inutilement prévu par le § 1 du Can. 1083, étant donnée l'hypothèse chimérique qu'il

---

(1) En définissant la cause d'un contrat, l'obligation ou l'exécution de l'obligation de l'autre partie.

(2) Adrien Cance, *Le Code de Droit canonique*, p. 475.

soulève, prévoit une erreur sur l'identité physique de la personne. J'épouse Jeanne croyant épouser Marie, celle-là s'étant, par exemple, substituée à celle-ci. On peut dire que je n'ai pas émis un véritable consentement, et le mariage est radicalement nul.

L'erreur sur la qualité d'état libre de la personne dirime également le mariage. (Can. 1083 § 3.)

C'est l'*error conditionis* de l'ancien droit qui suppose que l'un des contractants, que l'autre croyait de condition libre, est en réalité un esclave au sens strict du mot [1].

L'erreur sur les qualités de la personne « irrite le mariage si elle se ramène à une erreur sur la personne même. » (Can. 1083 § 2.) On a prétendu que cette formule très imprécise ne prévoyait que ce que nous appelons l'erreur sur l'identité civile ou juridique [2]. Citons l'exemple classique où l'un des conjoints s'est attribué un faux nom, un faux état-civil pour faire croire à l'autre qu'il appartenait à une famille à laquelle, en réalité, il est étranger.

Ainsi restreinte, la théorie du droit canonique serait exactement semblable à celle de notre droit civil telle que la détermine la jurisprudence et la Cour de Cassation. Mais en droit canonique, elle doit être plus étendue. Remarquons d'abord que l'hypothèse précédente n'est nullement prévue, à notre sens, par le paragraphe 2 du

(1) Ce cas a, lui aussi, perdu son utilité pratique, sauf peut-être dans les pays de missions où l'esclavage est toujours en vigueur.
(2) Fourneret. *Op. cit.*, p. 122.

canon 1083, mais bien par son premier paragraphe [1]. Celui-ci, en effet, est suffisamment lâche pour que l'on puisse prétendre qu'il n'entend nullement considérer que l'erreur sur l'identité physique et l'erreur sur l'identité civile puissent également y rentrer.

En outre, certains auteurs estiment devoir entraîner la nullité du mariage l'erreur sur « une qualité qui est l'unique cause déterminante du consentement » [2] ou encore « sur une qualité tellement inhérente à la personne dans la pensée du contractant qu'elle s'identifie moralement avec elle [3], ou encore « sur des qualités supposées telles qu'elles auraient pour effet de donner au conjoint une individualité civile ou sociale connue de l'autre conjoint et autre que celle qui lui appartient en réalité. » [4]

En somme, l'erreur sur les qualités va annuler le mariage si elles sont considérées comme substantielles, en ce sens qu'elles « personnalisent l'individu. » Telle est, croyons-nous, la véritable doctrine du croit canonique. Ces qualités déterminantes, susceptibles en cas d'erreur d'entraîner la nullité du mariage, il est impossible de les préciser et elles restent livrées à l'arbitraire du juge. Questions de fait, elles dépendent de son pouvoir souverain d'appréciation.

Enfin l'erreur sur les autres qualités — qualités ordi-

---

(1) « Une erreur sur la personne rend le mariage invalide ». Can. 1083 § 1er.

(2) Adrien Cance. *Op. cit.*, p. 476.

(3) Durieux, *Le Mariage en Droit canonique*, p. 29.

(4) Esmein. *Op. cit.*, I, p. 316.

naires, courantes, si l'on veut — « même si elles ont donné cause au contrat », n'entraînent pas la nullité du mariage. (Can. 1083 § 2.) Rien n'est plus logique. Malheureusement, malgré cette affirmation catégorique de la loi, nous verrons que le mariage peut, au contraire, être annulé pour erreur sur une simple qualité. Il suffit d'être un peu habile et d'en faire une *condition*.

La violence, autre vice du consentement, entraîne, lorsqu'elle est la cause déterminante de ce consentement, la nullité du mariage. (Can. 1087 § 1.) Cela se conçoit d'autant mieux que l'importance reconnue au consentement est plus grande. La violence aboutit à l'absence complète d'un véritable consentement. Mais, fidèle à ce principe que la faveur pour le mariage doit l'emporter, l'Eglise pouvait ne pas voir dans la contrainte morale que la violence fait naître, une cause de nullité de mariage, et estimer, comme en matière de dol, que cette contrainte n'avait en somme poussé les époux qu' « au bien. » Tout au contraire, certains canons traduisent une perpétuelle inquiétude en imposant notamment au curé de s'assurer tout particulièrement de la liberté complète du consentement des futurs époux, et plus spécialement chez la femme. (Can. 1020 § 2.)

Va donc pouvoir annuler le mariage : la violence grave, injuste, extérieure aux époux, et telle, en un mot, qu'elle contraigne moralement à contracter la personne qui la subit. (Can. 1087.)

La violence est un motif très souvent invoqué pour demander la nullité d'un mariage. Cela montre que l'Eglise la considère avec indulgence « car l'époux doit se

donner aussi librement que le Christ s'est donné lui-même. » On tiendra compte, pour l'apprécier, de la nature des menaces qui l'ont provoquée, de la qualité de celui qui les profère et de l'âge, du sexe et de la condition de celui qui la subit. La simple crainte révérentielle envers les parents, accompagnée de sollicitations importunes ou de menaces, peut devenir une cause suffisante de nullité [1].

Le Droit canonique faisant encore application au mariage de la plus pure théorie du consentement des contrats ordinaires, reconnaît pour valable le consentement conditionnel, alors qu'il semble qu'il y ait incompatibilité absolue entre un sacrement et une condition [2]. On reconnaît d'ailleurs que celle-ci « est peu conforme à la dignité du mariage. » [3] Mais on l'admet cependant en en réglementant l'application dans le canon 1092.

Une condition visant un événement futur, si elle est, ou contraire à la morale (honteuse, dit le Code) ou pratiquement impossible, est tenue pour nulle et « n'attente » pas à la validité du mariage. (Can. 1092 § 1.)

Que si, se rapportant encore à un événement futur, elle est contraire à la substance même du mariage, elle entraîne sa nullité. Il n'y a là que l'application des principes de la théorie du consentement [4].

---

(1) Durieux. *Op. cit.*, p. 33. — Fourneret. *Op. cit.*, p. 192.

(2) Ce terme n'a pas ici le sens précis d'événement *futur* et *incertain* tel que l'entend l'art. 1168 du Code civil, mais seulement le sens banal et courant du mot, synonyme par conséquent de modalité.

(3) Durieux. *Op. cit.*, p. 31.

(4) Telles seront, par exemple, les conditions de ne pas consommer le mariage ou de ne pas le considérer comme un sacre-

Si la condition, toujours future, est possible et licite, le mariage ne se forme qu'au jour de sa réalisation, si elle se réalise. C'est la condition suspensive de notre droit. La législation canonique ignore la condition résolutoire, contraire au principe de l'indissolubilité absolue du mariage valide et consommé.

Enfin, la condition peut encore se rapporter à un fait présent ou passé — et naturellement possible et licite — (Can. 1092 § 2.) Dans ce cas, elle est certainement réalisée ou non le jour du mariage, mais à ce moment sa réalisation ou sa non-réalisation est ignorée des parties. Le mariage sera valide ou nul suivant que la condition était réalisée ou non lorsque l'union a été célébrée.

Cette hypothèse est extrêmement bizarre, car le sort du mariage ne sera déterminé que le jour où sera connu le sort de la condition qui y était adjointe. Et si la condition ne se trouvait pas réalisée, le mariage sera non pas résolu mais déclaré nul. Il ne s'est jamais formé. On en voit immédiatement la conséquence : les soi-disant époux auront vécu dans un état continuel de fornication et n'auront été que deux concubins.

---

ment ou comme indissoluble. Apposer ces conditions, c'est exclure, par un acte formel de volonté, soit le mariage, soit l'une de ses propriétés essentielles, et l'on retombe dans l'hypothèse du canon 1086 § 2 que nous avons vu précédemment. La condition de ne pas avoir d'enfant annule-t-elle le mariage ? Non, à notre avis, car elle n'est pas contraire à sa substance puisqu'elle n'exclut pas les rapports sexuels, et le mariage reste toujours un remède à la concupiscence. *Cf.* Boudinhon, *Le Canoniste contemporain*, 1920, p. 159.

Au contraire, annule certainement le mariage la condition « de conserver sa virginité. » Or c'est précisément le cas de l'union de Marie et de Saint Joseph. Question très embarrassante pour les canonistes dont l'opinion n'est pas unanime sur la validité de ce mariage. On tente de l'admettre cependant en invoquant « le caractère spécial de ce cas ». *Cf.* Fourneret. *Op. cit*, p. 136, note 3.

Cette hypothèse est aussi très intéressante, car elle offre le moyen pour qui ne l'ignore pas — et possède une certaine habileté — de faire annuler le mariage et, en réalité, de se procurer un véritable divorce pour erreur sur une qualité ordinaire de la personne. Il suffit tout simplement de faire de cette qualité une condition *sine qua non* du contrat [1].

§ 2. — *Le Consentement au Mariage dans le Code civil*

Si notre droit civil n'a pas donné à la théorie du consentement un développement et des conséquences aussi considérables que le droit canonique, il ne faudrait pas croire que l'importance qu'il lui assigne soit moins grande. Au contraire, le Code l'affirme énergiquement en proclamant « qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. » (Art. 146, *C. civ.*)

Ce principe liminaire rend le mariage impossible aux personnes qui sont complètement privées de raison, car elles sont incapables de donner un consentement. Il ne faut pas oublier non plus que le mariage est une institution d'ordre public et qu'il est évidemment contraire aux intérêts de la société qu'un fou se marie. Cette raison devait conduire logiquement à maintenir l'empêchement même pendant les intervalles de lucidité que la folie peut présenter. Mais une jurisprudence constante admet, au

(1) En voir certains exemples, plaidés avec succès devant les tribunaux ecclésiastiques, dans FOURNERET. *Op. cit.*, p. 141.

contraire, la possibilité pour le fou de contracter mariage pendant un intervalle lucide. Solution fâcheuse où le droit canonique accuse une supériorité.

Dans tout acte où la volonté est appelée à produire des effets juridiques, elle ne doit pas être équivoque et elle doit être saine. C'est le principe du Code de droit canonique et que ne repousse nullement le Code civil. Mais l'Eglise ne va, à cet égard, considérer le mariage que comme un contrat, alors que notre législation ne perd pas de vue qu'il est en même temps une institution. Aussi ne lui fera-t-elle pas l'application pure et simple des principes posés par les articles 1109 et suivants du Code civil. La volonté n'étant pas toute puissante, on se refusera à fouiller la psychologie des contractants pour s'assurer qu'elle n'est pas viciée. On se refusera à donner à la théorie le caractère subjectif si accentué que lui reconnaît le droit canon. Et en cela, notre droit reprend sa supériorité. Est-il admissible que des époux ayant extérieurement et manifestement exprimé leur consentement puissent être considérés comme n'ayant pas consenti ? Peut-on annuler, à la suite de recherches subtiles dans tous les coins de l'âme, ce qui est l'œuvre de l'autorité publique en même temps que l'œuvre des époux ? Il faut d'autant plus éviter ces recherches qu'elles peuvent dissimuler une entente des époux, entente sans grand inconvénient dans un contrat ordinaire que le consentement mutuel peut toujours faire tomber, mais qui est à redouter en ce qui concerne le mariage, institution à laquelle, surtout dans le droit canonique qui ignore le divorce, il ne peut dépendre des époux de mettre fin.

En somme, le mariage est constitué par un ensemble de règles qui déterminent des devoirs et des obligations. On l'accepte tel qu'il est, ou on ne l'accepte pas. Et on ne l'accepte pas si l'on exclut l'une de ses « propriétés essentielles » ou si on ne l'accepte que sous condition.

Le législateur n'a adopté la théorie des vices du consentement en matière de mariage que dans les cas de constatation facile des vices : violence et erreur sur la personne.

Comme en droit canonique, le dol est exclu, pour cette raison bien connue, donnée jadis par Loysel qu' « en mariage, il trompe qui peut. »

L'erreur rend le mariage *annulable* [1] lorsqu'elle se manifeste « dans la personne » de l'un des contractants. (Art. 180, *C. civ.*)

Cette expression vise tout d'abord l'erreur sur l'identité physique et suppose, nous l'avons vu, une substitution de personne. Elle comprend également l'erreur sur l'identité civile ou juridique, c'est-à-dire sur la filiation et l'origine [2]. Mais la jurisprudence restreint là les deux cas où l'erreur pourra entraîner la nullité du mariage. Elle ne considère pas comme viciant suffisamment le consentement l'erreur portant sur une qualité substantielle, déterminante, telle en un mot qu'elle personnalise l'individu [3]. Cette solution est critiquée et elle peut être criti-

(1) En Droit canonique, il est nul. Nous en verrons les raisons dans la théorie des nullités.

(2) C'est ce que Bonaparte appelait une erreur sur la famille. V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique du Droit civil français*, tome II, p. 88.

(3) Ainsi, une femme, fervente catholique, épousant par erreur un prêtre ou un moine défroqué, ne pourrait prétendre

quable, car cette sorte d'erreur n'est que la conséquence le plus souvent d'une dissimulation frauduleuse qui constitue une faute que les tribunaux considéreront comme une injure grave de nature à entraîner le divorce. Dans ces conditions, si le résultat est à peu près identique, il semblerait plus juridique de prononcer immédiatement la nullité.

Aussi Planiol et Ripert proposeraient-ils de considérer comme cause suffisante de nullité :

1° L'erreur qui porte sur l'ensemble de l'état-civil ou tout au moins sur le nom, de telle sorte qu'il révèle un état civil tout à fait distinct ;

2° L'erreur sur la nationalité (dans certaines circonstances) ;

3° L'ignorance d'une condamnation infâmante ou d'un passé déshonorant, si du moins l'époux qui l'invoque appartient à une famille honnête ;

4° Le fait que l'un des époux est lié par des vœux religieux ou par un engagement dans les ordres sacrés, alors que l'autre époux est un catholique qui ignore ce lien ;

5° Le fait que l'un des époux est divorcé alors qu'il s'est donné comme célibataire et que son conjoint n'eût pas consenti, en raison de ses croyances religieuses, à épouser un divorcé. Le tribunal de Bordeaux, dans cette

---

à l'annulation de son mariage, et il a été jugé qu'il n'y avait pas erreur sur la personne dans le fait qu'une femme avait épousé un forçat libéré dont elle ignorait le passé. (Cass., 24 avril 1862. D. 62-1-153). — (V. PLANIOL et RIPERT. *Op. cit.*, p. 89 et sq.).

dernière hypothèse, a prononcé la nullité du mariage [1].

Peut-on y voir un premier pas vers l'élargissement de la théorie ? A notre avis, certainement non, car elle est destinée à perdre chaque jour de son importance à mesure que s'accroît la facilité du divorce. Nous retrouverons cette question.

Bien entendu, pour les raisons précédemment exposées, le Code civil n'admet pas le mariage conditionnel, mais il ne rejette pas, au contraire, le plus grave des vices du consentement : la violence. Son caractère objectif assez marqué en rend la constatation facile, et les principes admis par le Code et relatifs à ce vice dans les contrats en général, pouvaient ici être appliqués [2].

Le mariage peut donc être annulé s'il « a été contracté sans le consentement libre des deux époux. » (Art. 180.)

Les conditions que la violence doit réunir sont, en définitive, les mêmes que celles qu'exige le droit canonique.

Elle consiste dans cette contrainte morale qui est la « crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. » (Art. 1112.) Elle devra être « de nature à faire impression sur une personne raisonnable. »

La seule crainte révérentielle envers les parents ne constitue pas par elle-même, à l'inverse du droit canon, une cause suffisante pour vicier le consentement et, pour être prise en considération, elle devra être accompagnée de procédés de pression très énergiques et anormaux.

---

(1) Tr. de Bordeaux, 9 juin 1924. *Gaz. Pal.*, 2 juillet 1924.
(2) Art. 1111 et sq.

En résumé, de cette brève comparaison de la théorie du consentement en droit canonique et dans notre Code civil, nous devons retenir l'importance fondamentale qu'il présente dans l'une comme dans l'autre législation. « Le mariage *consiste* dans le consentement », affirme le canon 1081, et l'article 146 du Code civil pose à son tour le principe qu' « il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement. »

Cette règle que le consentement des époux est l'essence même du mariage vient d'ailleurs du droit romain et s'exprimait dans la maxime : « *Nuptias consensus, non concubitus, facit.* »

---

§ 3. — *Le Consentement au Mariage dans la Loi soviétique*

Etant donnés les principes sur lesquels repose la législation soviétique — souveraineté et liberté complète de l'individu, autonomie absolue de la volonté — il semble évident, *a priori*, que le consentement soit la condition principale, sinon exclusive du mariage.

Depuis le 1er janvier 1927, date de l'application du Code actuel, le mariage, en Russie soviétique, est une situation de pur fait, brutale, qui résulte d'un ensemble de circonstances plus ou moins accentuées, plus ou moins conjuguées, entourant elles-mêmes, le colorant si l'on peut dire, un fait unique et nécessaire qui n'est autre que l'existence de relations sexuelles entre un homme et une femme.

Le mariage enregistré n'a pas été supprimé. Mais ce serait, à notre avis, bien que l'opinion contraire soit couramment soutenue, une erreur de croire qu'il constitue une autre sorte de mariage, parallèle et peut-être d'une catégorie supérieure au mariage de fait. L'enregistrement ne forme nullement le mariage et n'en est pas la célébration. Il reste une pure faculté pour les conjoints. Il ne constitue qu'un moyen de preuve, certain, formel du mariage et si, à l'égard des époux il représente un avantage en raison de la preuve préconstituée qu'il apporte à leur union, il n'en reste pas moins purement facultatif et laissé à leur appréciation.

« L'enregistrement du mariage est institué à la fois dans un intérêt d'Etat et dans un intérêt public et en vue de faciliter la sauvegarde des droits et intérêts personnels et patrimoniaux des époux et des enfants. *Le mariage reçoit forme légale* [1] *par l'enregistrement dans les organes d'inscription des actes de l'état-civil.* » (Art. 1, *Code* de 1927.)

« L'enregistrement du mariage... est la preuve indiscutable de l'existence du mariage. » (Art. 2.) Mais il ne constitue donc que cette preuve indiscutable.

Reste à établir comment se forme le mariage et en quoi il consiste.

L'article 12 nous l'apprend.

« Pour le tribunal, les preuves de la cohabitation *conjugale* — ce sont donc des époux — quand le mariage n'a pas été enregistré, sont :

---

(1) Ce qui ne veut pas dire qu'il le rend légal.

1° Le fait d'habiter en commun ;

2° L'existence, à raison de cette cohabitation, d'une économie commune ;

3° Et la révélation des rapports conjugaux devant des tiers, dans la correspondance personnelle et autres documents, ainsi que, selon les circonstances, le soutien matériel réciproque et l'éducation en commun des enfants. »

En somme, il y a là tous les éléments d'une véritable et complète possession d'état d'époux, qui donne le titre de mariage à ce que la jurisprudence de nos tribunaux considère comme un concubinage public et notoire.

Cet article 12, mal rédigé, peu précis et obscur, comment doit-il être exactement interprété ? Va-t-on exiger la réunion de toutes les circonstances qu'il indique ? Evidemment non. Son esprit est tout autre.

Cette énumération n'est nullement limitative et il en est volontairement ainsi. La loi, au pays des Soviets, a un caractère particulièrement lâche, et ne constitue qu'un cadre au contour imprécis dans lequel va pouvoir s'exercer l'activité et l'initiative du juge. Celui-ci jouit d'un pouvoir d'appréciation considérable que justifient, en partie, les imperfections de lois hâtivement construites, et surtout le rôle qu'il doit avoir de faire pénétrer dans tous les domaines, en les appliquant sans relâche, les plus purs principes de la plus pure doctrine communiste. Il est à présumer que son mode de recrutement garantit sa parfaite orthodoxie et, partant, l'absence de toute inquiétude de la part de l'Etat.

Cela étant, on peut dire qu'une jurisprudence cons-

tante étend et étendra le plus loin possible les bases du mariage. Le premier élément nécessaire pour en constituer le fondement est l'existence de relations intimes. Mais cet élément à lui seul n'est pas suffisant et, accompagné de circonstances qui lui donnent une certaine continuité, une certaine régularité, peut-être une certaine moralité — car il doit y avoir une morale communiste — il constituera alors les individus qui s'en prévaudront en état de juste et légitime union.

Seules ces rencontres d'un soir, au hasard des liaisons passagères et des bonnes fortunes, ne seront pas admises à la dignité de mariage. Et c'est précisément cette exclusive regrettable qui soulève les protestations indignées de Mme Kollontaï, ambassadrice de l'U. R. S. S. au Brésil. La championne du féminisme intégral, « l'Egérie du Parti » s'attendrit en effet sur ces « femmes qui contractent des liaisons passagères et sont mises injustement dans un état d'infériorité. Or, ce sont d'ordinaire des femmes dignes d'intérêt. » [1] En effet, il était bien facile de faire un pas de plus et de conférer le titre d'épouse à la « femme d'une nuit ». Nous verrons d'ailleurs que son état d'infériorité n'est pas tellement accentué.

Si radicale que cette réforme du mariage puisse paraître à première vue, elle n'a rien innové.

Le fait de considérer un mariage comme parfaitement valable en dehors de toute condition de forme, en dehors de toute cérémonie et de tout enregistrement, est une conception vieille comme le monde et tout simplement

(1) *Isvestias*, 27 janvier 1926. (Bulletin de la Presse russe, n° 152, p. 16). Cité par NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 32.

périmée qui était en usage chez les Romains et que le droit canonique, nous l'avons vu, faisait encore sienne, avant le Concile de Trente [1].

Mais le consentement dans le mariage soviétique, que devient-il ?

Si la législation romaine ou canonique, en considérant le mariage comme un simple contrat consensuel, n'attribuait qu'un rôle secondaire à la forme extérieure servant en quelque sorte de moule au contrat, on n'en maintenait pas moins que le mariage ne pouvait se former que par la volonté réciproque de se prendre pour mari et femme. L'*affectus maritalis*, l'élément intentionnel constituait seul le mariage et le distinguait du concubinage. Cet élément, cette intention faisant défaut, les relations intimes, si longues qu'elles aient été, ne pouvaient jamais entraîner le mariage [2].

Tout autre est la conception du mariage russe. Seul le concours de certaines circonstances entraînent automatiquement le mariage. Seuls comptent les rapports charnels ou matériels qui unissent deux individus. On se soucie fort peu du désir ou de la volonté des conjoints de se prendre pour mari et femme, et de simples partenaires en amour, n'ayant jamais songé à s'engager dans les liens du mariage, se trouvent ainsi mariés contrairement à leur volonté.

---

(1) L'Ecosse a conservé jusqu'à nos jours cet héritage de l'Ancien Droit. L'histoire du forgeron de Gretna Green n'est pas une légende et le mariage, contrat consensuel, est toujours en vigueur dans certains Etats de l'Amérique du Nord.

(2) Sauf, nous l'avons vu, pour les mariages présumés. Mais ici, il y avait cependant un concours de volonté préexistant dans les *sponsalia de futuro*.

Se trouve donc en état de mariage celui qui tombe sous le coup de la loi par le seul fait qu'il réunit les conditions qu'elle détermine et indépendamment de tout caractère intentionnel [1]. Il apparaît ainsi, avec évidence, que le consentement des époux n'a plus aucune valeur dans le droit soviétique et n'est plus une condition, même secondaire, à la formation du mariage. La loi y pousse, de force, l'individu. Le but de l'Eglise, dans ses *mariages présumés,* était absolument identique. Il y a là une coïncidence où l'on voit des causes différentes produire les mêmes effets.

Tout d'abord, les *mariages présumés* supposaient la préexistence d'un accord de volonté : les fiançailles. Et si l'Eglise transformait *de plano* ces fiançailles en mariage, elle se plaçait surtout au point de vue religieux, point de vue nécessitant par conséquent pour le salut des époux la cessation d'une odieuse et perpétuelle fornication. Ce n'est qu'accessoirement qu'elle pouvait prétendre assurer ainsi le bonheur matériel de l'individu et plus spécialement la sécurité de la femme contre l'abandon éventuel du conjoint.

Le communisme, au contraire, a voulu d'abord faire disparaître cette distinction choquante entre le mariage légitime et l'union irrégulière. Le principe dont il se fait le champion, celui de la stricte égalité, voit ainsi une première application. Mais cependant nous avons vu que

---

(1) Exactement, comme dans notre Droit pénal, est en état de contravention ou de délit-contravention, l'auteur d'une infraction considérée comme telle par la loi, c'est-à-dire que l'intention coupable n'est pas prise en considération.

la réalisation n'en est pas intégrale puisqu'il subsiste — considérablement réduites, c'est vrai — des unions illégitimes, parce que de trop courte durée. On a voulu, en outre, en application d'un autre principe ostensiblement affirmé, assurer la protection de la femme en lui donnant, dans le plus grand nombre de cas possible, un époux légitime et, partant, une garantie de secours éventuels.

Nous verrons en étudiant les effets du mariage que le but n'a pas été atteint et que la femme n'est nullement protégée, bien au contraire. Et pourquoi la protéger, puisque les dispositions de la loi russe avaient encore comme autre but de lui procurer l'émancipation complète ? Elle acquiert l'égalité des droits, elle devient l'égale de l'homme ; n'est-ce pas lui reconnaître une infériorité naturelle, impossible à résoudre, que de lui enchaîner un homme en vue de s'assurer sa protection ? Cette protection, ne peut-elle donc se l'assurer elle-même ? Et alors, que signifie cet autre principe de l'égalité des individus et des sexes ? Nous aurons l'occasion de revenir sur ces fameux principes évidemment inconciliables entre eux, qui s'entre-choquent à chaque article de loi et qui n'aboutissent qu'à l'incohérence en voulant envers et contre tout leur faire produire tous les effets qui en découlent.

En cette matière du consentement, nous assistons à l'effondrement de la toute-puissance de la liberté et de l'autonomie complète de la volonté.

Il reste cependant un domaine où la volonté des époux va pouvoir se manifester : c'est dans l'enregistrement du

mariage. L'article 4 précise, en effet, que « pour l'enregistrement du mariage, il est exigé le consentement mutuel à l'*enregistrement.* »

Ce n'est donc pas le consentement au mariage qui est exigé. On peut s'en passer, et le mariage d'ailleurs peut exister depuis longtemps déjà (art. 3). Mais l'enregistrement suppose le concours des volontés, le consentement des deux conjoints. Ceci est plus conforme aux principes de l'égalité des époux et de la volonté libre. Par contre, la protection de la femme est moins bien assurée puisque, pour obtenir la preuve de son mariage, le concours du mari lui est indispensable.

Voulant y remédier, le Comité exécutif de l'Ukraine avait réclamé une autre solution : elle n'a pas obtenu de succès. Il désirait, en effet, que l'enregistrement du mariage fût l'œuvre d'un seul et proposait d'accorder à tout homme désigné par une femme comme étant son mari un délai d'un mois, à partir du jour où il en serait avisé, pour prouver qu'il n'avait pas cette qualité. Faute par lui d'apporter la preuve contraire dans les délais voulus, l'enregistrement du mariage était prononcé.

En matière de filiation, ce système, nous le verrons, est appliqué, et il eût été logique de ne pas le restreindre à cette seule hypothèse. Ici, il n'a pas eu le moindre succès, et nous ne le comprenons pas.

« *Nuptias concubitus, non consensus, facit* », faut-il dire désormais, pour caractériser le mariage soviétique, en retournant purement et simplement le vieil adage du droit romain sur lequel repose toujours le mariage dans notre droit civil et dans la législation canonique — et

dont la loi russe prend exactement le contre-pied. — Il fallait ne plus distinguer le mariage, situation honorable, du concubinage, situation inférieure. Il fallait assimiler au mariage ce qui n'en est que la contrefaçon, et comme il était impossible d'élever la seconde au niveau du premier, on a dû ravaler celui-ci au niveau de celle-là. Le nivellement par la base était la seule solution.

SECTION II

Des autres Conditions de fond

Un consentement non équivoque et exempt de tous vices n'est pas la seule condition nécessaire pour pouvoir contracter mariage. D'autres conditions doivent se trouver réalisées qui, sans cela, mettraient obstacle soit à la célébration du contrat, soit à sa validité. Leurs effets varient donc suivant leur importance, et les empêchements qu'ils constituent sont ou *prohibitifs* ou *dirimants*, suivant qu'ils interdisent à l'autorité compétente de procéder au mariage ou qu'ils entraînent la nullité de ce dernier.

Le droit canonique classique connaissait des empêchements extrêmement nombreux et étendus. Les réformes successives qui ont été apportées à cette matière ont diminué le nombre et l'importance des conditions exigées, mais n'ont fait que légèrement atténuer les inconvénients qui en résultaient. Un système très souple de dispenses permettait et permet toujours de réduire au minimum les prohibitions gênantes.

Le Code civil avait adopté une solution beaucoup plus raisonnable et réduisait à peu de chose, relativement au droit canonique, les conditions qu'il maintenait à la célébration ou à la validité du mariage. Tels qu'ils étaient, ces empêchements étaient encore trop nombreux, et nous en verrons quelques-uns disparaître ou s'atténuer.

Enfin, le droit soviétique a adopté la solution radicale de les supprimer, et l'on peut dire qu'aucune condition, — sauf une, peut-être, — n'est plus exigée. L'état de mariage est désormais complètement libre.

---

§ 1. — *Droit Canonique*

La différence de sexe

Le Code canonique n'en parle pas. Mais cette condition est évidente étant donné le but du mariage tel que le définit le canon 1013 et l'objet sur lequel porte le consentement d'après le canon 1081 § 2 [1]. A plus forte raison l'Eglise, voyant dans l'impuissance un empêchement dirimant au mariage, ne peut considérer que comme un égal empêchement l'identité de sexe entre les époux. Très probablement, du reste, cette condition est assimilée à l'impuissance et, avec quelque raison, la confusion peut être permise. La ligne de démarcation est quelquefois difficile et relève la plupart du temps du domaine de la médecine.

---

(1) « Procréation des enfants et remède à la concupiscence » (can. 1013). — « Droit perpétuel sur le corps en vue des actes propres à la génération » (can. 1081 § 2).

L'impuissance [1]

L'impuissance de l'un des époux, qu'elle soit connue ou ignorée de ceux-ci, qu'elle soit absolue ou relative [2], pourvu qu'elle soit perpétuelle et antérieure au mariage, rend celui-ci invalide. (Can. 1068.)

Il ne nous paraît pas inutile de compléter quelque peu la brièveté de cette règle étant donnée l'importance historique de cet empêchement. Nous verrons mieux pourquoi notre Code civil s'est refusé à le prendre en considération.

En exigeant cette condition au mariage, l'Eglise est parfaitement d'accord avec ses principes, car l'union contractée par un ou des époux impuissants est incapable de remplir les buts qui lui sont assignés : la procréation des enfants et le remède à la concupiscence. (Can. 1013.)

Mais le point faible de cette règle fut toujours la difficulté de preuve qu'elle soulevait. Des théories aussi savantes que minutieuses furent édifiées par les canonistes de l'époque classique, mais pour les appliquer aux cas d'espèces qui étaient soumis, il fallait avoir recours à des enquêtes au moins scabreuses que l'esprit du Moyen-Age admettait d'ailleurs sans répugnance.

On s'en rapporta d'abord à la déclaration du mari, solution assez sage, sans doute, mais bien peu probante.

---

(1) Il faut distinguer l'impuissance et la stérilité. Dans la première, l'accomplissement *normal* de l'acte sexuel est impossible. Au contraire, il y a stérilité lorsque l'acte peut normalement être accompli, mais reste sans succès.

(2) C'est-à-dire qu'elle ne se manifeste qu'à l'égard d'une personne déterminée.

On admit aussi tout naturellement les moyens ordinaires de preuve usités à cette époque, comme la procédure des « Jugements de Dieu » et le serment des époux confirmé par le serment de sept de leurs proches. C'était encore insuffisant. On en arriva à l'inspection corporelle, faite par des experts. Si, dans certains cas, ce dernier mode de preuve permettait d'ariver à une certitude absolue, dans d'autres cas, au contraire [1], le juge n'avait d'autres ressources que de se recommander à Dieu pour rendre son jugement [2]. Et tout naturellement, pour aboutir à une certitude plus grande et éviter ainsi qu'en invoquant ce moyen les époux ne puissent tourner la prohibition du divorce, on aboutit à la scandaleuse procédure qui est restée tristement célèbre sous le nom d'épreuve du *Congrès*. On sait en quoi elle consistait : là où les autres moyens de preuve étaient insuffisants, les époux devaient, devant des experts, médecins et matrones assermentés et devant le juge, essayer d'accomplir l'acte conjugal. Cette monstrueuse épreuve ne donnait d'ailleurs pas de résultats bien satisfaisants [3]. Il était cependant difficile d'aller plus loin. Elle disparut en 1677 par un arrêt de règlement du Parlement de Paris. Et les tribunaux revinrent à des pratiques moins scandaleuses.

La difficulté de preuve reste donc actuelle. Elle ne peut consister, dans la presque totalité des cas, que dans une

---

(1) Celui de *frigiditas*, pour ne citer que celui-là.

(2) ESMEIN. *Op. cit.*, II, p. 276.

(3) Le marquis de Langey, dont le mariage avait été annulé après qu'il eut échoué dans l'épreuve du Congrès, se remaria postérieurement et eut sept enfants de cette seconde union. (ESMEIN. *Op. cit.*, II, p. 283).

inspection corporelle loin d'enlever toute incertitude. Certains canonistes prétendent qu'une mesure relativement récente est venue y pallier en partie. Ce serait la dispense *super rato,* qui, nous le verrons plus loin, permet d'annuler un mariage lorsqu'il n'a pas été consommé et par le seul fait de sa non-consommation. Mais celle-ci ne peut se constater facilement qu'en cas d'intégrité physique de la femme et l'impuissance pourrait alors être tout aussi facilement présumée. Au contraire, si la femme n'était plus vierge au jour de son mariage, on retombe dans les mêmes incertitudes, dans les mêmes errements. Ce qui revient à dire que l'on pourra souvent dissimuler un véritable divorce sous l'aspect d'un recours en nullité.

La stérilité n'est jamais une cause de nullité du mariage. Elle ne met pas obstacle à sa consommation, et dès lors, le mariage représentant très exactement l'union du Christ et de l'Eglise, ne peut plus être annulé. En outre, si la procréation des enfants ne peut être remplie, le mariage constitue toujours un remède à la concupiscence.

Et c'est déjà quelque chose.

L'âge

« L'homme doit avoir 16 ans accomplis et la femme 14 ans accomplis pour pouvoir contracter mariage. » (Can. 1067 § 1.)

On comprend qu'il soit nécessaire que l'individu atteigne un certain âge pour pouvoir se marier. La raison doit être suffisamment développée pour comprendre la portée de l'acte à accomplir, et on doit exiger l'aptitude physique à la procréation. Comme l'âge auquel une personne est physiquement capable varie d'un individu à l'autre, toutes les législations ont fixé un âge déterminé et arbitraire de la puberté légale. Celui-ci, qui est de 12 ans pour les femmes et 14 ans pour les garçons [1] ne coïncide pas par conséquent avec l'âge de la capacité matrimoniale qui est, nous venons de le voir, de deux ans plus élevée. Une raison historique l'explique.

Le droit canonique classique, héritant des traditions romaines, fixait comme ce dernier et comme le droit canonique actuel l'âge de la puberté légale à 12 et 14 ans. Et jusqu'à ces derniers temps (1917) le mariage était possible à partir de cet âge. Cette présomption de puberté elle-même n'était pas absolue, et s'il était reconnu que l'impubère était physiquement et moralement capable de se marier, le mariage était tenu pour valable.

On aboutissait ainsi à des réusltats extraordinaires [2]. Et c'est avec juste raison que le Code est venu, en relevant l'âge requis, édicter une présomption absolue d'impuberté. Il est même peut-être allé un peu loin. Un mariage contracté avant l'âge légal est et restera toujours nul,

---

(1) Can. 88 § 2.

(2) On déclarait valablement mariés des enfants de 9 ans. On cite à cet égard l'exemple suivant : « Puer novenni qui nutricem suam gravidaverit. » Et Pothier rapporte l'exemple d'une jeune veuve de 11 ans qui triompha dans un procès en justifiant de sa grossesse.

même s'il résulte avec évidence que les époux étaient capables de se marier quelques mois avant l'âge requis, même lorsque cet âge aura été atteint [1]. Nous verrons que le Code civil n'a pas consacré une solution aussi rigoureuse et, à cet égard, il s'est montré plus conservateur que le droit canonique.

« Bien que le mariage contracté après cet âge (14 et 16 ans) soit valide, que les pasteurs des âmes prennent soin d'en détourner avant l'âge où le mariage a l'habitude d'être contracté selon les usages du pays. » (Can. 1067 § 2.) En d'autres termes, l'Eglise recommande à ses fidèles de ne se marier qu'à l'âge où l'on peut s'épouser selon la loi civile. En France cette recommandation n'a pas grande utilité puisque la célébration du mariage religieux est interdite, s'il n'est pas justifié au préalable de la célébration du mariage civil [2].

Mariage antérieur

« Tant que subsistent les liens d'un premier mariage, même non-consommé, on ne peut en contracter un second. » (Can. 1069 §1.)

Cette règle est la conséquence de la monogamie qu'exige le principe de l'unité du mariage [3].

---

(1) Si la femme, par exemple, prévoit une maternité prochaine.

(2) Art. 54 de la loi du 16 Germinal, an X, sanctionné par les articles 199 et 200 du Code Pénal.

(3) Elle fut transgressée, et il fut permis aux Patriarches de contracter validement plusieurs unions. Mais on l'explique en disant que « c'était en raison du temps et pour peupler la terre. »

Avec l'indissolubilité du lien matrimonial, cet empêchement prend une importance particulière en droit canonique, importance qui se manifeste dans l'expression même dont on se sert pour le définir : empêchement de lien.

La Parenté

L'Eglise, par un sentiment instinctif, prohiba de bonne heure le mariage entre parents. Elle invoqua une pudeur naturelle et louable. Saint Augustin exposa le premier cette idée qui devait faire son chemin, que le mariage étant une semence d'amour entre les familles qu'il allait unir, ne pouvait produire cet effet que s'il était contracté entre personnes jusque-là étrangères. Rêve chimérique de charité et de paix ! En outre, les tares physiques et morales dont peuvent être atteints les enfants, nés de mariages entre proches parents, devaient inspirer aussi la violente réaction de l'Eglise contre de semblables unions.

Le droit canonique adopta d'abord le mode de computation de la loi romaine en même temps que ses prohibitions, c'est-à-dire qu'il interdit le mariage à l'infini en ligne directe et en ligne collatérale jusqu'au 4e degré, exclusivement. Après la chute de l'Empire d'Occident, la prohibition est portée jusqu'au 6e degré en ligne collatérale et plus tard au 7e degré pour redescendre au 6e et remonter à nouveau au 7e degré. C'est à ce moment que l'Eglise va abandonner le système de computation romaine et adopter le système germanique par *parentèle*.

Il suffit d'exposer le système actuel pour en avoir une idée, puisque, aussi bien, très peu de chose les sépare. En ligne directe, rien n'est changé. Puisque les parents descendent les uns des autres, il y a autant de degrés qu'il y a de générations à séparer deux personnes déterminées : un père et son fils sont parents au 1er degré, un grand-père et son petit-fils sont parents au 2e degré.

En ligne collatérale, les parents ne descendent plus les uns des autres, mais d'un auteur commun. Il y a donc deux branches, deux lignes qui aboutissent à cet auteur commun. Le système de computation romaine qui est celui de notre Code civil, consiste à additionner le nombre de degrés (ou de générations) qu'il y a dans une branche avec le nombre de degrés qui existe dans l'autre. Ainsi, deux cousins germains sont parents au 4e degré.

Le système canonique ne compte les générations que dans une branche seulement — la plus longue si elles sont inégales — : deux cousins germains sont parents au 2e degré *égal*. Ce dernier terme montre que le nombre de degrés est le même dans chaque branche. Un oncle et son neveu sont parents au 2e degré *inégal*. La parenté reste toujours bien déterminée. Mais elle ne l'est plus lorsqu'elle atteint le 3e degré inégal, car alors il est impossible de déterminer si l'autre branche, la plus courte, contient un ou deux degrés. La pratique y a pallié en indiquant désormais, pour déterminer la parenté, le nombre de degrés qui existe dans chaque branche. Ainsi, dans l'exemple précédent, on dira que le grand-oncle et le petit-neveu sont parents du 1er au 3e degré. Où réside l'avantage de ce système ? Il a le seul mérite d'être précis.

L'Eglise l'avait adopté dès le VIII^e^ siècle et transposé dans cette computation les prohibitions précédentes. Elle prohibe donc le mariage jusque et y compris le 3^e^ degré égal (6^e^ degré de la computation romaine). Elle ne devait pas en rester là et transporta dans le nouveau système la prohibition du 7^e^ degré. On aboutissait ainsi à reconnaître l'invalidité des mariages contractés par des parents au 14^e^ degré [1].

C'était une menace perpétuelle contre la stabilité des mariages. Le Concile de Latran restreignit l'empêchement de parenté en ligne collatérale au 4^e^ degré. Le Concile de Trente refusa de l'abaisser au 3^e^ degré, solution que consacre le *Codex juris canonici.* (CAN. 1076 §§ 1 et 2.)

Ajoutons que des dispenses ne peuvent jamais être obtenues pour la parenté en ligne directe, mais qu'elles peuvent être accordées même pour le 2^e^ degré en ligne collatérale. (CAN. 1076 § 3, *in fine et a contrario.*)

La parenté naturelle est assimilée à la parenté légitime. Il en est ainsi même si elle n'est pas légalement reconnue. En droit canonique, il suffit qu'elle puisse être prouvée, tant par la commune renommée que par l'aveu des époux [2].

---

(1) Ou tout au moins au 12^e^ degré, car le 13^e^ et le 14^e^ degré n'étaient considérés que comme des empêchements prohibitifs.

(2) ESMEIN. *Op. cit.*, I, p. 356.

L'alliance ou affinité

C'est le lien qui unit l'un des époux aux parents de l'autre. La théorie de l'alliance dans l'ancien droit canon était extrêmement bizarre, mais logique. Elle était l'application rigoureuse de la parole biblique : « *Et erunt duo in carne una.* » Elle devient donc la parenté de l'un des époux communiquée à l'autre par l'œuvre de chair. Première conséquence : elle doit s'étendre aussi loin que la parenté elle-même et, effectivement, elle suivit pas à pas son évolution. Seconde conséquence : puisque l'alliance naît de l'*unitas carnis,* elle doit donc aussi bien résulter d'un mariage légitime que d'une simple fornication. C'est l'alliance *ex copula illicita*. Troisième conséquence : elle ne peut pas dériver d'un mariage non consommé.

De ces mêmes principes on tirait encore d'autres déductions. A côté de l'alliance, dite du 1er degré que nous venons de décrire, il existait encore une alliance du second et du troisième degré. L'alliance du second degré unissait l'un des époux aux alliés de l'autre époux [1]. L'alliance du troisième genre supposait une hypothèse plus compliquée : l'un des époux avait pour allié non seulement le conjoint des parents de l'autre époux (2e genre), mais aussi le second époux de ce conjoint au cas où il contractait un second mariage [2].

(1) J'étais donc allié du mari de la sœur de ma femme.

(2) Si le mari de la sœur de ma femme venait à perdre sa femme et qu'il en épousait une autre, étrangère celle-là à la famille, cette seconde femme était encore mon alliée.

Une réforme s'imposait. Le Concile de Latran de 1215 supprima radicalement le 2e et le 3e genre d'affinité.

Le Concile de Trente restreint l'empêchement en ligne collatérale au 2e degré (canonique) inclusivement, mais continua à prohiber le mariage à l'infini en ligne directe.

C'est la solution que consacre le Codex (Can. 1077 § 1) en accentuant encore la réforme sur d'autres points.

L'alliance naît désormais d'un mariage valide, même non consommé, et ne résulte plus du concubinage [1]. Seule l'alliance au 1er degré en *ligne directe* ne peut être l'objet d'une dispense qu'il est, au contraire, très facile d'obtenir dans tous les autres cas [2].

L'Adoption

Cet empêchement n'avait toujours eu qu'une portée très restreinte en droit canonique. Le nouveau Code, abandonnant toute théorie propre, déclare s'en remettre à la législation civile de chaque pays. (Can. 1059). Il n'y a donc empêchement au mariage en droit canonique que là où il y a empêchement dans la législation civile.

Nous verrons cette autre condition en l'étudiant dans le Code civil.

---

(1) Nous verrons plus bas qu'il existe alors un empêchement dit d'honnêteté publique.

(2) Cependant, la Pénitencerie a donné, en 1911, l'autorisation d'épouser la fille naturelle de sa femme légitime. (V. à ce sujet dans la *Nouvelle revue théologique* (1912, p. 528. — Boudinhon (*Le Canoniste contemporain*, 1912, p. 662) les commentaires de cette décision.

Le Crime

Sous ce nom se dissimulent en réalité trois empêchements. L'un résulte du meurtre ou plus exactement de l'assassinat. Les deux autres reposent sur l'adultère. Celui-ci, étant considéré comme un crime par le droit canonique, est assimilé aux crimes proprements dits, ce qui explique la dénomination sous un seul terme de ces trois empêchements.

L'adultère ne constitue l'empêchement de crime que lorsqu'il est qualifié. Il est alors « *crimen, enormitas.* »

Une tendance pousserait l'Eglise à faire de l'adultère simple un empêchement au mariage. Il n'est qu'une honteuse fornication, car l'époux coupable manque à la *fides* qu'il doit à son conjoint qui ne constitue avec lui qu'une seule chair. Ce serait en outre une sanction assez efficace de l'unité du mariage : la perspective pour l'un des époux de ne jamais pouvoir épouser son complice lui permettrait peut-être d'écarter plus facilement les attraits d'une aventure galante. Mais aussi leur refuser le mariage lorsque l'époux adultère peut reconquérir sa liberté, n'est-ce pas condamner deux êtres à vivre en un perpétuel concubinage ? Le remède — *remedium concupiscentiæ* — est à la portée du mal, et il était trop difficile de ne pas le permettre.

L'adultère qualifié va donc seul mettre obstacle au mariage entre les deux complices. Les circonstances qui l'entourent laissent craindre qu'il ne pousse ou n'ait poussé au crime.

Le premier empêchement, visé par le canon 1075, prohibe le mariage entre l'époux adultère et son complice lorsqu'il y a eu entre eux promesse de mariage ou mariage civil.

Le deuxième empêchement résulte de l'adultère accompagné du meurtre du conjoint légitime par l'un des deux coupables. On présume l'assassinat et l'intention de se débarrasser du malheureux époux qui met obstacle au mariage.

En troisième lieu, l'assassinat du conjoint légitime par l'un des deux ou par les deux coupables, mais avec l'intention de l'un et de l'autre de contracter mariage, même sans promesse formelle d'union et sans adultère, leur interdit à jamais de s'épouser [1].

L'Ordre et les Vœux solennels [2]

Dès l'origine de l'Eglise, la question se posa de savoir si les membres du clergé pouvaient contracter mariage. D'un côté, le mariage apparaissait comme l'état naturel de l'homme... et de la femme! Les prêtres et les lévites du peuple hébreu étaient mariés. En général, les Apôtres l'étaient également. « *Melius est nubere quam uri* », disait Saint Paul.

Mais, par contre, le mariage semblait moralement inférieur à l'état de continence. Il plaît moins à Dieu, et certains esprits trop exaltés voyaient une impureté dans

(1) Du premier empêchement on obtient très facilement dispense. Des deux autres, au contraire, très difficilement.

(2) V. Fourneret. *Op. cit.*, pp. 193, 194, 195.

les relations conjugales. N'était-il pas nécessaire de l'éviter à ceux qui doivent s'approcher de l'Autel ?

C'est ce principe qui finit par l'emporter, mais assez tard, et après quelles luttes ! Le célibat des prêtres est une institution relativement récente [1].

Au x[e] siècle, la prohibition de l'Eglise n'est presque pas observée, et c'était chose normale que de voir de nombreux prêtres ayant non seulement des concubines, mais de légitimes épouses selon la loi.

Ce n'est qu'au Concile de Latran (1139) que l'on va prononcer la nullité du mariage contracté par un prêtre. Mais l'Eglise n'était pas encore parfaitement obéie. Elle allait subir les violentes attaques des Protestants.

Le Concile de Trente va lui fournir une nouvelle occasion d'affirmer avec force la nécessité de la règle si dure qu'elle imposait, et elle jeta l'anathème à ceux qui devaient la contredire.

Ainsi « l'Eglise avait forgé, anneau par anneau, cette chaîne du célibat. Poussée par un instinct puissant, elle avait senti que pour que le prêtre fut entièrement et uniquement attaché à son Eglise, il fallait écarter la redoutable concurrence de l'amour conjugal et de l'esprit de famille. » [2]

---

(1) En 306, le Concile d'Elvire décidait que ceux qui étaient mariés et parvenaient aux grades supérieurs devaient s'abstenir de toutes relations conjugales. — Au vi[e] siècle, le prêtre et l'évêque sont encore mariés et vivent avec leur femme, mais « ils doivent éviter de coucher dans le même lit et dans la même chambre. ». Esmein. *Op. cit.*, I, p. 288.

(2) Esmein. *Op. cit.*, p. 301.

La règle est aujourd'hui très généralement observée, ce qui ne veut pas dire qu'elle ne soit plus contestée. L'engagement dans les ordres sacrés interdit donc tout mariage valable. (Can. 1072). Une dispense n'est pas impossible, mais d'autant plus difficile que l'on s'élève dans la hiérarchie. Si pour le diaconat et le sous-diaconat elle peut être obtenue, il faut des circonstances inouïes pour les prêtres et les évêques, et c'est le cas de dire que les exceptions confirment la règle [1].

Certains vœux entraînent, comme l'Ordre, l'incapacité radicale de se marier. Ce sont les vœux solennels ou vœux « perpétuels émis dans les ordres religieux proprement dits » d'hommes ou de femmes [2]. La dispense de ces vœux peut être plus facilement obtenue, mais néanmoins dans des circonstances graves.

La parenté spirituelle

C'est encore un empêchement dont le *Codex* a considérablement réduit l'importance. Il a pour origine le baptême « qui donne une vie nouvelle au baptisé : la vie chrétienne » et crée par conséquent cette parenté spéciale dite *spirituelle* interdisant le mariage entre le

---

(1) On peut citer comme exemple les prêtres de la Révolution et l'évêque Talleyrand. (V. Fournéret. *Op. cit.*, p. 193).

(2) Il en est ainsi notamment : pour les hommes dans les ordres monastiques, dans les ordres mendiants, chez les clercs réguliers, chez certains hospitaliers. Quant aux femmes, elles ne prononcent pas, *en France*, de vœux solennels, sauf dans l'ancien comté de Nice et de Savoie. (V. à ce sujet : Fournéret. *Op. cit.*, p. 194).

baptisé d'une part et d'autre part le baptisant ou le parrain ou la marraine. (Can. 1079.)

Dans l'ancien Droit, le lien que créait le baptême allait beaucoup plus loin et s'étendait des parents du baptisé aux enfants des parrains. La confirmation produisait également les mêmes effets. La réforme du Code a donc été assez importante [1].

L'honnêteté publique

L'empêchement d'honnêteté publique avait deux sources. D'abord les fiançailles qui mettaient ainsi obstacle au mariage entre l'un des fiancés et les parents de l'autre. Le décret *Ne Temere* (1907), en exigeant un écrit, réduisit les fiançailles à bien peu de chose, et par là même, cet empêchement.

Le mariage non consommé, s'il venait à être dissout ou annulé, produisait également cet empêchement d'honnêteté publique entre l'un des anciens époux et les parents de l'autre. Nous avons vu que désormais le mariage consommé ou non entraîne l'alliance et, de ce chef, disparaissait l'empêchement d'honnêteté publique. Le Code l'a purement et simplement supprimé en ce qui concerne les fiançailles, et c'est un empêchement entièrement nouveau qu'il a institué sous la même dénomination.

---

(1) La dispense de cet empêchement est très facilement obtenue. Il se réduit donc à une simple formalité désormais.

Il résulte à l'heure actuelle soit d'un mariage nul et annulé, soit d'un concubinage public ou notoire.

Il faut, en somme, qu'il y ait apparence d'union pour faire naître l'empêchement qui se justifie, comme son nom l'indique, par la crainte du scandale.

Il s'étend jusqu'au 2e degré en ligne directe, et on peut en être très facilement dispensé dans les cas très rares où il intervient.

Le Rapt

L'enlèvement d'une jeune fille fut, jusqu'à nos jours, le moyen le plus sûr et le plus efficace d'unir deux amoureux, et peut-être deux amants, malgré l'opposition de leurs parents. En faire un empêchement pouvait constituer, au Moyen-Age, une sanction efficace contre l'abus du rapt, très en honneur à cette époque. Mais aujourd'hui, il a perdu toute utilité. La liberté laissée aux jeunes gens et aux jeunes filles leur permet très facilement toutes les sottises sans avoir recours à ce procédé romanesque et périmé.

L'Eglise n'a jamais pris en considération le rapt de séduction, mais seulement le rapt de violence, et elle y voit une présomption absolue de non-consentement de la femme enlevée, tant qu'elle se trouve en la puissance du ravisseur.

Trois conditions doivent se trouver réalisées. Il faut un ravisseur qui est nécessairement l'homme, une personne ravie ou séquestrée qui est obligatoirement la

femme, et le rapt doit avoir lieu en vue du mariage [1]. Tant que la femme restera sous la moindre dépendance de son ravisseur, alors même qu'elle y consent ou qu'elle seule l'a provoquée, le mariage ne pourra être célébré.

Cet empêchement cesse de lui-même lorsque disparaît la cause qui l'avait fait naître. Aucune dispense n'est donc nécessaire.

Il ne se justifie, à notre époque, que comme un restant des anciennes traditions. Il pouvait être supprimé comme l'a fait notre Code civil.

La disparité de culte

Cet empêchement interdit le mariage entre une personne baptisée dans la religion *catholique* et une personne *non-baptisée*. (Can. 1071 § 1.)

Nous avons vu que l'Eglise ne considère pas comme nul le mariage des infidèles, mais au contraire comme parfaitement valable et en principe indissoluble [2]. Cependant il n'est pas un sacrement et ne le deviendra jamais, même si les époux infidèles se convertissent au cours de leur union [3].

« L'Eglise prohibe avec la dernière sévérité » le

---

(1) Le rapt de l'homme par la femme n'est donc jamais sanctionné. On le considère sans doute comme bien improbable. Mais le nombre toujours plus grand de vierges-fortes devrait lui donner une certaine actualité. Ce sera une conquête de plus du féminisme.

(2) Dissoluble seulement par le privilège Paulin.

(3) C'est l'opinion la plus courante. En sens contraire : Lefebvre, *Histoire du Droit matrimonial français*, p. 163.

amriage euntre un catholique et un non-baptisé [1]. (Can. 1060.)

Elle craint la perversion de l'époux catholique. Sa foi, son salut et celui des enfants risquent d'être compromis par l'influence éventuelle que peut exercer l'autre conjoint. De là toute une série de règles très strictes qui seront imposées à ceux que l'on n'aura pas pu détourner de leur projet [2]. Et la dispense ne sera accordée qu'avec regret et pour causes graves et fondées.

La célébration du mariage doit être dépourvue de toutes cérémonies et, théoriquement, devrait se borner à l'échange, devant le prêtre, du consentement des époux [3]. (Can. 1064.)

La religion mixte

L'empêchement de religion mixte vise le mariage de *deux baptisés,* mais dont l'un n'a pas été baptisé dans la religion catholique. Cet empêchement n'est que prohibitif et par conséquent n'entraîne pas la nullité du mariage contracté sans dispense.. Ici, en effet, le mariage

---

(1) « Il ne faut pas marier la lumière avec les ténèbres. » (S. Paul, *Epître aux Corinthiens.*)

(2) L'époux catholique doit avoir le libre exercice de sa religion. Il devra baptiser et élever ses enfants dans la religion catholique. (Can. 1061.) Il prendra l'engagement de convertir avec prudence son conjoint. (Can. 1062.) Toutes ces promesses seront exigées par écrit et pourront l'être sous la foi du serment. (Can. 1061.)

(3) Le mariage devrait même être célébré à la sacristie. Pratiquement, « dans la crainte du scandale », quelques cérémonies pourront être permises, mais jamais la messe ne sera célébrée, et partant, jamais ne sera donnée la bénédiction nuptiale.

intervenant entre deux baptisés est un sacrement, au sens complet du mot [1].

Mais cela ne suffit pas pour qu'on le considère d'un œil très favorable car le péril de perversion est tout aussi grave. Aussi toutes les prescriptions, tous les engagements exigés pour obtenir la dispense de l'empêchement de disparité de culte s'appliquent également à l'empêchement de religion mixte [2].

Les Vœux simples

Tout vœu qui, par sa nature, est contraire aux fins du mariage, constitue un empêchement. Nous avons vu que les vœux solennels, étant donnée leur gravitée particulière, étaient considérés comme empêchements dirimants. Les vœux simples ne constituent que des empêchements simplement prohibitifs. Ce sont les vœux de virginité, de chasteté parfaite, de ne pas se marier, de recevoir les ordres sacrés, d'entrer en religion. (Can. 1058.)

Telles sont les conditions actuelles qu'impose l'Eglise au mariage de ses fidèles.

De tous ces empêchements, seuls ceux résultant des vœux simples, de la religion mixte et de l'adoption, n'entraînent pas la nullité du mariage contracté à leur mépris. Simples empêchements prohibitifs, ils interdi-

(1) Est également un sacrement, mais est réprouvé par l'Eglise le mariage avec « un catholique indigne, c'est-à-dire ayant notoirement réprouvé la foi catholique. » (Can. 1065 § 1.) Un tel mariage exigera la plupart du temps l'intervention de l'Ordinaire. (Can. 1065 § 2.)

(2) V. les canons 1060, 1061, 1062 et 1064 cités plus haut.

sent à l'autorité compétente de procéder à la célébration et entraînent une faute grave à la charge des époux. Les empêchements dirimants, au contraire, sont beaucoup plus nombreux. Et cependant le Codex, en même temps qu'il en supprimait, a simplifié ceux qu'il modifiait. Ils restent toujours un obstacle assez gênant et seraient une source très fréquente de nullité si des dispenses aussi nombreuses que faciles à obtenir ne venaient largement atténuer le mal dont elles sont le remède.

---

§ 2. — *Le Code Civil*

Différence de sexe

Pas plus que le droit canonique le Code civil n'exige cette condition à raison de son évidence. Mais, pour certaines raisons, la jurisprudence ne l'a admis qu'avec quelques réserves. Elle se montre très difficile sur la preuve de l'identité du sexe invoquée comme cause de nullité et ne prend pas en considération les cas douteux par suite de défaut de conformation. Comme pour l'impuissance, elle redoute le scandale qu'entraîne inévitablement de tels procès et les évite en assimilant ces cas à l'impuissance elle-même.

L'impuissance

Celle-ci n'est pas, en effet, une cause de nullité du mariage. Sa constatation est trop délicate et permet la

fraude. Nous avons vu à quelles difficultés se heurtait le droit canonique et à quel moyen il avait abouti avec la procédure du Congrès. Cette épreuve une fois abolie, les difficultés et les scandales n'en persistèrent pas moins jusqu'à la Révolution. Les rédacteurs du Code civil, déterminés en cela par ces tristes souvenirs, ont voulu par leur silence formellement abandonner cette condition comme cause de nullité du mariage. Il n'en est donc plus question dans notre droit.

L'âge

L'article 114 du Code civil fixe à 15 ans révolus pour la femme et 18 ans pour l'homme l'âge nécessaire pour contracter mariage.

Beaucoup d'auteurs estiment que cet âge est encore insuffisamment avancé, étant données les conséquences que présentent quelquefois des unions trop précoces. Les exemples de chaque jour que nous offrent malheureusement les unions irrégulières prouvent que dans la très grande majorité des cas il ne présente pas d'inconvénient.

Cet âge légal peut même être abaissé en vertu d'une dispense accordée par le chef de l'Etat (art. 145). La loi le laisse juge de la gravité des motifs invoqués. On fait valoir les plus souvent la perspective d'une maternité prochaine. Et, dans cette hypothèse, la présomption légale étant avec évidence en défaut, la société a tout intérêt à permettre à deux jeunes concubins de régulariser une situation fâcheuse. Nous avons vu que le droit canonique

n'admet pas cette solution. L'Eglise qui pousse au mariage le fait échouer ici sur l'intangibilité d'une règle qu'elle a arbitrairement fixée.

La loi canonique se différencie encore de notre loi civile en ce que celle-ci se refuse à considérer toujours comme nul le mariage contracté avant l'âge légal. Le mariage est, en effet, inattaquable après un délai de 6 mois depuis que l'époux trop jeune a atteint l'âge requis. Il nous importe peu ici de rechercher ou d'apprécier la nécessité de ce délai, il nous suffit de noter cette différence en constatant la logique du Code civil. Il peut paraître au moins inutile d'annuler un mariage au moment même où on peut légalement le contracter.

Met également fin à toute action en nullité d'un mariage contracté par *une femme* qui n'avait pas l'âge requis, la grossesse de cette femme. Cette heureuse circonstance prouve, en effet, que l'épouse était pubère et que la présomption de la loi était injustifiée en ce qui la concernait. Là encore — et nous ne sommes plus en droit canonique — le mariage doit l'emporter.

Mariage antérieur non dissous

La monogamie est depuis longtemps la loi des peuples civilisés. La polygamie est le régime des races pauvres et elle est l'apanage des grands ou des riches. Elle est actuellement l'objet de la réprobation unanime dans les pays de civilisation européenne. Mais il n'est pas douteux

que cette réprobation soit en voie de diminution. L'abus du divorce y conduit d'ailleurs fatalement [1].

La bigamie n'en demeure pas moins l'objet des sévérités de la loi. L'existence d'un premier mariage constitue un empêchement à un second mariage (art. 147.) Il n'est donc possible de se marier que si l'on est célibataire, veuf ou divorcé [2].

La loi du 17 août 1897 a organisé des mesures destinées à empêcher la bigamie ou tout au moins à la rendre plus difficile. Nous le verrons en étudiant les formalités du mariage. Le droit canonique a également, purement et simplement, adopté les dispositions de notre loi à cet égard.

La Parenté

L'inceste, ou rapports sexuels entre très proches parents, a toujours soulevé la réprobation des honnêtes gens.

Les motifs que l'on peut donner aujourd'hui sont au nombre de deux : d'abord une raison physiologique. Il est prouvé que les unions entre proches parents donnent

---

(1) Ainsi un *homme* marié peut aujourd'hui avoir un ménage irrégulier à côté du premier, divorcer et régulariser le second ménage en légitimant les enfants qui en seront nés, sous cette condition cependant qu'il n'y ait pas d'enfant de la première union. Et l'Eglise, elle aussi, permet la légitimation des enfants adultérins.

De même l'épouse, au profit de laquelle le divorce a été prononcé partage avec la seconde femme devenue veuve la pension due à la veuve d'un fonctionnaire. (Loi du 14 avril 1924, art. 26.) PLANIOL et RIPERT. *Op. cit.*, p. 95.

(2) Au point de vue pénal, la bigamie est un *crime* puni par l'article 340 du Code Pénal d'une peine de cinq à vingt ans de travaux forcés.

souvent naissance à des enfants atteints de tares graves. En deuxième lieu, une raison morale : les personnes qui vivent dans une assez grande intimité et souvent sous le même toit ne doivent pas pouvoir songer au mariage. Sinon, la perspective d'un mariage éventuel pourrait faire naître de graves désordres. Cette dernière raison justifie également, mais elle seule, les empêchements au mariage fondés sur l'alliance ou l'adoption.

Aussi, en ligne directe, la parenté est-elle un obstacle absolu et infranchissable au mariage. (Art. 161.)

En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères et sœurs (art. 162), oncle et nièce, tante et neveu (art. 163.) La jurisprudence étend la prohibition entre grand-oncle et petite-nièce et grand'tante et petit-neveu [1]. Par conséquent, le mariage est interdit jusque et y compris le 4e degré de parenté en ligne collatérale, ce qui correspond à la parenté du 3e degré (ou plus exactement du 1er au 3e degré) de la computation du droit canonique.

Si l'on se souvient que le droit canonique ne compte les degrés que dans la branche la plus longue et les branches pouvant être égales, on s'aperçoit que la prohibition canonique peut s'étendre en réalité jusqu'au 6e degré. Elle interdit donc le mariage entre cousins germains et cousins issus de germains, ce que permet, au contraire, sans la moindre dispense, notre droit civil.

Même aux degrés où il prohibe le mariage, le Code civil permet encore au chef de l'Etat d'accorder des dispenses entre oncle et nièce, tante et neveu (art. 164) et, par

(1) Req., 28 novembre 1877. D. 78, I, 209. (Planiol et Ripert. *Op. cit.*, p. 101.)

extension, entre grand-oncle et petite-nièce, grand'tante et petit-neveu — donc entre parents aux 4e et 3e degrés.

Le mariage reste donc impossible entre parents en ligne directe et entre frère et sœur en ligne collatérale. C'est également la solution à laquelle arrive le droit canonique par le jeu des dispenses.

Ajoutons en outre, et c'est une nouvelle différence avec le droit canon, que la parenté *naturelle* ne constitue un empêchement au mariage aux degrés que nous connaissons, que si elle est légalement établie soit par une reconnaissance volontaire, soit par un jugement [1].

L'Alliance

Nous savons pourquoi le législateur a fait de l'alliance un empêchement au mariage. Les personnes vivant près les unes des autres, ne pouvant pas songer à une union éventuelle, peuvent voir diminuer la tentation de consommer entre elles des relations irrégulières. L'empêchement se justifie donc pour des raisons de moralité.

En ligne directe le mariage est prohibé entre alliés, à quelque degré que ce soit [2]. Aucune dispense n'est possible, alors qu'en droit canonique nous avons vu qu'une dispense avait été accordée même pour le premier degré.

---

(1) L'opinion générale, solidement assise sur une jurisprudence nombreuse, admet en effet que lorsqu'on s'écarte des preuves légales de la parenté naturelle, on n'a plus affaire qu'à des suppositions ou des probabilités insuffisantes et trop fragiles pour prohiber le mariage. (Planiol et Ripert. *Op. cit.*,, p. 98.)

(2) Ainsi un homme ne peut épouser la fille d'un premier lit de sa femme.

En ligne collatérale, le mariage n'est prohibé qu'entre alliés au deuxième degré, c'est-à-dire entre beau-frère et belle-sœur, et encore dans le seul cas où le mariage ayant créé l'alliance, a pris fin par le divorce.

Une dispense est possible, mais sera très probablement refusée si l'adultère a été la cause du divorce et s'il a été commis par ceux-là mêmes qui tentent le mariage. C'est précisément cela que l'on a voulu éviter en édictant la prohibition précédente. On voit que son application est très restreinte et on peut dire que l'alliance en ligne directe reste seulement un empêchement au mariage.

L'Adoption

C'est encore pour des raisons de pure moralité que l'adoption est un empêchement au mariage entre :

L'adoptant et l'adopté ;

L'adopté et les descendants de l'adoptant ;

L'adopté et le conjoint de l'adoptant ;

L'adoptant et le conjoint de l'adopté ;

Les enfants adoptifs d'un même individu (art. 354.)

Il n'y a de dispense possible que pour l'empêchement que crée en ligne directe le lien de filiation résultant de l'adoption, c'est-à-dire que le mariage pourra être permis pour motifs graves entre l'adopté et les descendants de l'adoptant et les enfants adoptifs de la même personne. (Art. 355.)

On admet généralement que l'empêchement résultant de la parenté adoptive est simplement prohibitif et n'en-

traîne pas la nullité du mariage, la loi n'ayant pas expressément prononcé cette sanction [1].

Il faut en conclure qu'en droit canonique cet empêchement est également prohibitif par application du canon 1059.

Le délai de viduité

(Art. 228, 296 et 297 du Code civil)

Cet empêchement qu'ignore le droit canonique et le droit soviétique, est spécial à la femme qui se remarie. La loi lui impose un certain délai, soit après la mort de son mari ou après le divorce, pour pouvoir contracter un nouveau mariage. Cette règle a pour but d'éviter une confusion de part, c'est-à-dire l'incertitude sur le véritable père de l'enfant qui pourrait naître [2].

En cas de veuvage, la femme ne peut se remarier que 300 jours après le décès du mari .

En cas de divorce, l'ancien article 296 fixait le point de départ de délai de 300 jours à partir de la transcription du divorce. Mais le législateur, manifestant en cette matière sa tendance à favoriser de plus en plus le mariage en atténuant la rigueur des règles qui y mettait obstacle, reculait, par la loi du 13 juillet 1907, le point

---

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, I, p. 173.

(2) Nous verrons en effet que la loi, pour déterminer la paternité légitime, a fixé à 300 jours et à 180 jours la durée maximum et minimum de la grossesse chez la femme. Si l'on permet à la femme de se remarier immédiatement après la dissolution de son premier mariage, l'enfant né moins de 300 jours depuis cette dissolution et plus de 180 jours depuis la célébration du second mariage posséderait légalement deux pères.

de départ du délai de viduité au jour du premier jugement préparatoire, interlocutoire et au fond rendu dans la cause. Accentuant sa réforme, il ramenait au jour de l'ordonnance autorisant un domicile séparé, le point de départ du délai (loi du 9 août 1919, modifiée par la loi du 4 février 1928.) Enfin, la loi du 9 décembre 1922 est venue permettre à la femme de se remarier immédiatement après son accouchement survenu au lendemain de la transcription du divorce ou du décès de son mari. Dans ce cas, évidemment, la confusion de part n'est plus à redouter. Dans cette matière, et nous en verrons d'autres, le législateur est intervenu pour diminuer l'importance de cet empêchement. Nous connaissons déjà son but : simplifier le mariage pour le rendre plus accessible.

Divorce antérieur entre les mêmes époux

Le Code civil primitif interdisait à deux époux divorcés de contracter entre eux un nouveau mariage, voulant par là attirer la réflexion des conjoints sur la gravité de l'acte qu'ils allaient accomplir en divorçant. Il les mettait en présence d'une situation définitive et irrévocable.

La loi du 27 juillet 1884, en rétablissant le divorce, n'a pas maintenu, avec justes raisons, cette prohibition trop sévère et inutile. Mais elle a interdit aux époux divorcés de se réunir à nouveau si, postérieurement au divorce, l'un d'entre eux avait contracté un nouveau mariage (avec une autre personne) suivi d'un nouveau divorce. Ce jeu du mariage et du divorce était apparu au légis-

lateur comme un abus et il estimait suffisamment démontrée l'instabilité conjugale de l'individu pour lui refuser de tenter une nouvelle expérience.

La loi du 27 mars 1924 a permis la célébration du mariage primitif lorsqu'il y a des enfants issus de ce premier mariage ou en cas de décès du conjoint de la deuxième union.

C'est donc uniquement dans le cas où le second conjoint divorcé est encore vivant que le remariage avec le premier conjoint est impossible.

Il est facile de prévoir que l'empêchement ainsi limité est destiné à disparaître à brève échéance .

L'état militaire

Cet empêchement est, lui aussi, complètement ignoré par le droit canonique, alors qu'il s'y trouverait parfaitement à sa place.

Trois décrets, des 16 juin, 3 et 28 août 1808 ont défendu aux militaires, marins et gendarmes (quel que soit leur grade) de se marier sans l'autorisation de l'autorité supérieure. La discipline semblait l'exiger! Et aussi, peut-être, à l'égard des officiers, la crainte d'une mésalliance! A notre époque, on s'étonne qu'un tel empêchement figure dans nos lois. Il n'est, évidemment, que prohibitif.

§ 3. — *Le Code Soviétique*

Le Code de 1923, encore inspiré d'un restant d'esprit bourgeois, exigeait certaines conditions pour la validité du mariage [1]. Le Code de 1927, dans son chapitre II intitulé « Des conditions d'enregistrement du Mariage », a supprimé implicitement toutes conditions au mariage lui-même. On s'est demandé [2] s'il fallait transporter dans le Code de 1927 les conditions qu'imposait le Code de 1923 ou admettre implicitement pour le mariage les conditions exigées pour l'enregistrement. Il n'est pas douteux que la volonté du législateur y ait été contraire et la preuve peut en être très facilement fournie.

Si la réalisation de certaines conditions est nécessaire à la validité d'un contrat, il faut au moins admettre que, dans un cas, sinon dans ces cas précis, il y ait la sanction efficace de la nullité.

Or, nulle part il n'est dit que le mariage puisse être nul. Dès qu'il réunit les vagues conditions de l'article 12, il existe, parfaitement valable, indépendamment de toutes circonstances accessoires.

Exiger en outre des conditions au mariage, si minimes soient-elles, c'est créer des règles gênantes, c'est imposer un obstacle odieux à la volonté libre et souveraine de l'individu.

---

(1) L'âge (16 ans pour la femme, 18 ans pour l'homme), l'absence de mariage antérieur, la parenté (jusqu'au 2e degré inclus, en ligne collatérale). Art. 66, 67, 68, 69 du Code de 1923.

(2) CHAPLET. *Op.* cit., p. 140.

Enfin, étant donnée la conception du mariage, union de fait et pas même d'intention, rapports charnels colorés d'une relative communauté de vie, comment concevoir que des règles précises puissent porter atteinte à une telle union qui ne dépend pas toujours de la volonté des époux, qui les dépasse eux-mêmes. Il eut été pour le moins anormal d'exiger d'eux le respect de certaines règles et le silence voulu du Code s'explique parfaitement.

Désormais, par conséquent, la libre fantaisie, au hasard des rencontres, permet, à l'homme et à la femme, de s'unir dans l'état de mariage. Mais, par une inconséquence bizarre, alors qu'on les engage « dans un intérêt d'Etat » et dans leur intérêt propre à se ménager une preuve de leur nouvelle situation en la faisant enregistrer, on leur impose des conditions dans la confection de cette preuve. Si tout le monde peut se marier, tout le monde ne pourra pas faire enregistrer son mariage. Il y a là quelque chose d'inexplicable, très probablement un restant de préjugé bourgeois. Ou bien alors il faut admettre que le législateur a craint un certain péril en laissant ainsi toute liberté à l'individu. De là cette cotte mal taillée, ce moyen terme maladroit qui trahit peut-être son appréhension et qui consiste à n'exiger que pour l'enregistrement des règles élémentaires de moralité.

Les conditions à l'enregistrement sont d'ailleurs extrêmement réduites.

L'article 4 exige tout d'abord, outre le consentement mutuel, « les conditions d'âge requises pour le mariage. »

« L'âge du mariage est fixé à 18 ans. » (Art. 5.) Il est douteux qu'il s'agisse ici d'une véritable condition au mariage. Si la rédaction des textes ne semble pas équivoque, la volonté du législateur l'est davantage.

Pourquoi n'imposer que cette seule condition, d'autant plus que l'âge qu'elle détermine s'éloigne assez de l'âge de la puberté ?

Nous ne croyons donc pas, malgré la rédaction des articles 4 et 5 du Code, qu'il faille voir dans cette exigence autre chose qu'une condition à l'enregistrement et nullement au mariage. Du moment que les circonstances prévues par l'article 12 pour constituer le mariage se trouveront remplies, et parmi ces circonstances la preuve des relations intimes étant constante, la puberté sera suffisamment prouvée et l'état de mariage sera déclaré, indépendamment de toutes présomptions de puberté légale complètement inutiles.

L'existence d'un mariage antérieur, enregistré ou non-enregistré, fait obstacle à l'enregistrement des mariages. (Art. 6 *a*.)

L'enregistrement ne peut donc avoir lieu si l'un des époux se trouve dans les liens d'un précédent mariage. Ce qui veut dire qu'on ne peut contracter qu'un seul mariage enregistré. Mais la loi ne dit rien sur le nombre des mariages non-enregistrés ; ce nombre peut être illimité. Un mariage antérieur met obstacle à la preuve d'un nouveau mariage. Telle est la véritable portée de l'article 6. Aussi la bigamie n'est-elle pas une infraction pénale. Seule la fausse déclaration par laquelle on certifie men-

songèrement qu'on n'est pas marié peut faire encourir une certaine responsabilité.

Si l'une des parties est reconnue, dans les formes établies par la loi, faible d'esprit ou atteinte d'une maladie mentale, l'enregistrement ne peut encore avoir lieu. (Art. 6 *b*.) Enfin, ne sont pas susceptibles d'enregistrement les mariages entre personnes parentes en ligne directe ou entre frère et sœur germains, consanguins ou utérins. (Art. 6 *c*.) On voit que la parenté en ligne collatérale qui prohibe l'enregistrement du mariage est limitée au 2e degré. Et, bien entendu, l'alliance n'est pas prise en considération.

Tels sont les rares empêchements à l'enregistrement du mariage. Ce dernier reste, par conséquent, absolument libre de toutes conditions. Les conséquences en sont effarantes.

D'abord le législateur bolcheviste, qu'il le veuille ou non, donne ainsi une prime au non-enregistrement. On comprend, en effet, que l'homme et la femme qui ont le désir de s'unir, mais qui ne remplissent pas les conditions exigées par la loi, n'auront pas la naïveté d'aller révéler à l'autorité l'irrégularité de leur union. Ils ne solliciteront aucune inscription sur les registres de la *Zags*, laissant au juge, toujours indulgent en la matière, le soin d'établir la preuve de leur mariage s'ils en éprouvent quelque besoin.

Ce système, c'est la possibilité *légale* pour un père d'épouser sa fille, pour une femme d'avoir plusieurs maris. C'est l'inceste et la polygamie sans la moindre

réserve et sans aucune sanction, pas même la nullité ou l'annulation du mariage. « Il est arrivé à Samara, rapporte le Procureur général Krylenko, qu'une femme s'est adressée au tribunal civil pour se faire donner le moyen d'entretenir les trois enfants qu'elle avait eus de son propre père. Le tribunal civil voulut porter l'affaire devant le tribunal criminel, mais nous avons notifié qu'il n'y avait pas lieu de la suivre devant le tribunal criminel, et qu'en se prononçant sur des cas semblables, nous ne devions pas nous traîner à la queue des préjugés bourgeois. » [1]

On conçoit tout aussi bien l'existence possible de la polygamie, un homme pouvant avoir simultanément plusieurs femmes et une femme pouvant avoir simultanément plusieurs hommes habitant des localités ou des quartiers différents ou même cohabitant sous le même toit. Des relations suffisamment suivies — et ce n'est qu'une question de tempéraments ! — les constitueront en état de mariage.

« La polygamie est possible, reconnaît encore Krylenko, mais la loi soviétique ne voit pas la nécessité de prendre des mesures pour l'en empêcher. »

Il ne nous paraît pas utile d'insister davantage sur les tristes conséquences sociales et morales auxquelles conduit un tel système juridique.

---

(1) *Isveztias*. N° 241, 1926. — NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 40.

SECTION III

Le Consentement des Parents au Mariage de leurs Enfants

---

§ 1. — *L'Église et le Consentement des Parents*

Pas plus dans le droit canonique que dans celui de la Russie Rouge le consentement des parents n'est une condition nécessaire à la validité du mariage, même lorsqu'il est contracté par des mineurs.

Cette liberté ne nous étonne pas dans la loi soviétique. Il lui était d'autant plus facile de ne pas tenir compte de l'autorité légitime des parents et de leur volonté qu'elle vise à détruire la famille et qu'elle a délibérément enlevé pour cela tous droits aux parents pour ne leur laisser que quelques devoirs. Sacrifiant volontairement l'autorité paternelle comme toute autorité pour mieux assurer la liberté et l'indépendance même des enfants, le Code leur reconnaissant tous les droits, ne pouvait moins faire que consacrer leurs droits à l'amour. Exiger le consentement des parents au mariage de leurs enfants, n'en faire même qu'un empêchement prohibitif, ne l'exiger que comme

condition nécessaire seulement à l'enregistrement, c'eut été porter atteinte à la souveraineté absolue de l'individu et odieusement méconnaître le droit pour chacun d'agir selon sa libre fantaisie.

Si le droit canonique ne semble pas, en pratique, plus exigeant, ce n'est pas qu'il veuille consacrer des principes identiques.

La liberté complète des enfants, quant au mariage, subit d'abord une légère restriction : « Le curé doit exhorter avec force les enfants *mineurs* à ne pas se marier malgré l'opposition *raisonnable* des parents ; et, s'ils refusent, qu'ils n'assistent pas à leur mariage avant d'avoir consulté l'Ordinaire du lieu. » (Can. 1034.)

L'enfant *majeur* jouit donc de la plus complète indépendance. Quant à l'enfant mineur, le curé ne doit recourir à l'autorité supérieure que dans le cas où l'opposition des parents se fonde sur des motifs raisonnables. Le droit canonique consacre ainsi un droit de regard de l'autorité ecclésiastique sur cette « cellule » essentiellement opaque que devrait constituer la famille, puisqu'il accorde au prêtre un pouvoir d'appréciation sur les décisions d'une autre autorité. Si les décisions de cette autorité, le chef de famille, ne lui semblent pas fondées, les termes du canon 1034 lui permettent de célébrer le mariage. Que si, au contraire, il estime, dans sa sagesse, devoir se ranger à l'opposition des parents, il doit dans ce cas recourir à l'Ordinaire qui, usant de son pouvoir propre, pourra interdire le mariage, mais pour un temps seulement [1].

(1) Can. 1039.

La mesure de rigueur qui pourrait donc éventuellement intervenir serait d'abord de courte durée et on peut ajouter qu'il faudrait des circonstances exceptionnelles pour qu'elle soit employée. La crainte d'un concubinage possible, par exemple, serait une raison amplement suffisante pour que le mariage soit aussitôt célébré.

Quelles sont donc les raisons qui justifient cette émancipation totale des enfants majeurs et, en fait, presque complète des enfants mineurs lorsqu'il s'agit pour eux de contracter mariage ?

On commença d'abord par admettre que le consentement des parents n'est pas nécessaire à la validité du mariage parce que le consentement des époux forme à lui seul le mariage et certains éléments ne servent qu'à lui conférer une plus grande dignité. Le consentement des parents est de ceux-là [1].

On fait valoir d'autres considérations : le mariage étant une chose spirituelle, l'enfant, à cet égard, est affranchi de la puissance paternelle dès sa puberté. De même qu'il peut s'engager par serment, entrer en religion, il peut également se marier. On ajoutera que le mariage est un sacrement qui doit être ouvert à tous et dont on doit faciliter le plus possible l'accès.

Certains textes de l'Ecriture servaient d'ailleurs de justification : « L'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse. »

Enfin, nous connaissons la terreur de l'Eglise pour

(1) Esmein. *Op. cit.*, I, p. 154.

certaines situations irrégulières. Interdire de contracter librement mariage n'était-ce pas pousser à la fornication des jeunes gens trop épris ?

La faveur du mariage l'a donc emporté et l'autorité familiale subit ici un grave échec.

Quelles que soient les raisons qui peuvent le justifier, on ne peut que s'étonner et regretter que l'Eglise, que l'on considère comme le rempart de la famille, ait affaibli à ce point son autorité.

---

§ 2. — *Le Consentement des Parents dans le Code civil*

Le Code civil, suivant en cela les traditions du droit romain, avait voulu au contraire qu'au consentement des conjoints s'ajoutât celui des parents.

Cette intervention a comme but principal la protection des enfants eux-mêmes contre leurs entraînements dans l'acte le plus grave de la vie. Le mineur que l'on estime incapable de faire les actes juridiques de la vie civile, ne peut pas, dès l'âge de la puberté, apprécier pleinement la valeur de l'union qu'il se propose de conclure. Et les enfants majeurs ne sont pas, pour la plupart, beaucoup plus clairvoyants ! Il est donc bon que leur choix soit guidé, contrôlé par l'assentiment de ceux dont la nature, sinon la loi elle-même, a fait leurs conseillers naturels.

En second lieu — et cette considération intervient quel que soit l'âge des futurs époux — il ne faut pas

oublier que le mariage n'intéresse pas seulement ceux qui le concluent, mais encore leur famille : il donne aux parents des époux des héritiers de leur nom et des créanciers éventuels d'aliments, il fait participer la personne élue par le choix de l'enfant à une situation familiale et sociale que celui-ci n'a généralement pas créée, mais qu'il doit à ses parents. Ce point de vue justifie la nécessité de l'autorisation des parents à l'égard de l'enfant majeur, donc, en principe, complètement capable.

Aussi notre ancien droit (Edit de février 1556) exigeait que les filles jusqu'à 25 ans et les garçons jusqu'à 30, ne puissent se marier sans le consentement de leur père et mère ou ascendants. Au-dessous de cet âge, la jurisprudence admettait que les enfants, bien que dispensés en principe du consentement de leurs parents, devaient encore requérir leur avis, quel que soit leur âge, au moyen de sommations respectueuses. Ce n'est qu'après deux sommations de ce genre que les futurs époux étaient admis à passer outre au refus des parents.

Le droit révolutionnaire réagit contre cette tendance exagérément paternaliste et n'exigea le consentement de la famille du futur époux que jusqu'à l'âge de 21 ans. Aucune sommation respectueuse n'était ensuite nécessaire.

Le Code civil, faisant encore ici œuvre de réaction et de conciliateur, rétablit d'abord la distinction établie, quant à la majorité matrimoniale, entre les fils et les filles. Les filles, jusqu'à 21 ans accomplis, les fils jusqu'à 25 ans accomplis, doivent obtenir le consentement de leurs parents. En outre, l'enfant majeur, quel que fût

son âge, devait consulter ses père et mère ou ses ascendants par un « acte respectueux et formel ». Bien plus, les filles de 21 à 25 ans et les garçons de 25 à 30 ans devaient renouveler par deux fois, de mois en mois, cette formalité, et ce n'est qu'un mois après qu'il pouvait être procédé à la célébration du mariage.

Ce système trop rigide devait se maintenir cependant intact pendant la plus grande partie du XIX^e^ siècle. L'évolution des idées devait l'entamer petit à petit par de nombreuses lois successives, pour aboutir aux règles bien peu sévères par comparaison que nous connaissons actuellement.

Tout d'abord une loi du 20 juin 1896, d'une inspiration encore timide, s'était contentée de n'exiger qu'un seul et unique acte respectueux pour les filles de 21 à 25 ans et pour les garçons de 25 à 30 ans.

Plus radicale, la loi du 21 juin 1907 a abaissé à 21 ans pour les deux sexes l'âge de la majorité matrimoniale en supprimant les sommations respectueuses mais seulement sous leur ancienne dénomination. La loi les remplace, en effet, par une *notification*, destinée théoriquement à faire connaître aux parents le lieu du mariage pour leur permettre d'y faire opposition. En réalité, c'est l'acte respectueux d'antan qui ne contient plus mention de la réponse des parents, et cette même loi fixe, pour l'homme comme pour la femme, à 30 ans l'âge auquel la notification cesse d'être exigée. Mais le mariage ne peut être célébré qu'un mois après. La loi du 9 août 1919 réduit à quinze jours le délai nécessaire pour la célébration du mariage, et la loi du 28 avril 1922 abaisse à

25 ans l'âge auquel les enfants sont dispensés de requérir le consentement de leur père et mère.

Enfin, notons que depuis la loi du 21 juin 1907, la notification n'est plus exigée qu'à l'égard du père et de la mère, ce qui revient à dire que l'enfant majeur n'est plus tenu d'obtenir le consentement des autres membres de sa famille.

En somme, on voit que la réforme la plus importante avait été faite par la loi de 1907 abaissant à 21 ans l'âge de la majorité matrimoniale et permettant ainsi à l'enfant majeur de se passer, sous réserve d'une notification, entre 21 et 25 ans, du consentement du père et de la mère seulement.

L'enfant mineur restait, en tout état de cause, soumis à l'autorité familiale et devait s'assurer de l'autorisation de son père et de sa mère pour pouvoir contracter mariage.

Le Code exige, en effet, que tous deux soient consultés. Ici, la mère participe, au même titre que le père, à l'exercice de la puissance paternelle. Toutefois, en cas de dissentiment, la loi faisait prévaloir, en toute logique, l'avis du chef de famille, c'est-à-dire du père, son seul consentement suffisant alors à valider le mariage.

A ce principe, une loi toute récente est venue porter une atteinte grave par ses conséquences. C'est la loi du 17 juillet 1927, qui établit qu'en « cas de dissentiment entre le père et la mère, ce dissentiment vaudra consentement. » Que l'enfant soit majeur ou mineur et si ses deux parents ne sont pas d'accord, il lui suffira de faire constater ce dissentiment pour être libéré de toute

autorisation. C'est donc une atteinte au principe de la puissance paternelle. Cette loi permet en outre à la femme de faire échec à son mari ; elle acquiert ainsi en cette matière des droits absolument égaux à ceux de son époux : c'est donc une atteinte à la puissance maritale. Emancipation de la femme, émancipation de l'enfant : nous en verrons dans notre loi d'autres manifestations.

De ce rapide résumé des conditions de fond nécessaires pour contracter mariage, nous pouvons conclure à une évolution assez nette du Droit canonique en vue de simplifier et surtout de moderniser ces premières conditions qu'il impose au mariage. L'évolution du Droit civil est beaucoup plus accentuée et tend uniquement à rendre plus facile la conclusion de l'union matrimoniale : on favorise les seconds mariages, on favorise le mariage des enfants, on favorise le mariage tout simplement. Mais il exige encore la réunion d'un certain nombre de conditions. Le droit soviétique les a toutes supprimées en faisant du mariage un concubinage presque toujours public et notoire. Mais le mariage n'est pas toujours volontaire !

CHAPITRE III

LES FORMALITÉS DU MARIAGE

SECTION I

Les Publications

§ 1. — *Les Publications en Droit canonique*

Les publications sont une des mesures de publicité destinées à rendre plus facile la révélation des empêchements qui pourraient exister aux mariages qui vont être contractés. Ce but que les publications doivent atteindre fait naître en droit canonique deux moyens pour y parvenir.

L'un, qui est propre à l'Eglise, consiste dans l'enquête préalable effectuée par le curé [1]. Nous négligerons cette enquête préalable, qui ne présente pour notre sujet qu'un intérêt très limité.

L'autre moyen, dont les origines sont des plus loin-

(1) En réalité cette enquête — ou enquête d'état libre — devrait être effectuée par l'Ordinaire.

taines et que notre Code n'a fait qu'adopter, sont les publications proprement dites. Le droit canonique exige qu'elles soient faites pour chacun des futurs époux au lieu de leur domicile et, éventuellement, de leur quasi-domicile [1]. (Can. 1023 § 1.) En outre, si on l'estime nécessaire, des publications peuvent être ordonnées au lieu où l'un des époux a, après la puberté, résidé au moins six mois et même moins de six mois si l'on se doute d'un empêchement. (Can. 1023 §§ 2 et 3.)

Il est procédé à ces publications par le curé même du lieu où la loi les impose (Can. 1022.) Elles consistent dans une annonce orale faite généralement à l'église paroissiale, ordinairement durant la messe et pendant trois dimanches ou fêtes de précepte consécutifs [2]. (Can. 1024.)

Ces publications orales peuvent, depuis le Codex, et dans tous les diocèses, être remplacées par un affichage à la porte de l'Eglise. Il suffit d'une décision en ce sens de l'Ordinaire. Dans ce cas, l'affichage doit durer huit

---

(1) En droit canonique le domicile résulte non seulement d'un état de fait, mais aussi d'une intention. Le domicile, comme le quasi-domicile s'acquiert de deux façons. Le domicile s'acquiert :

1° Par le fait de la résidence joint à l'intention de ne pas s'en aller à moins de circonstances imprévues.

2° Par une résidence de 10 ans dans le même lieu. —

Le quasi-domicile s'obtient : par le fait de la résidence joint à l'intention d'y demeurer pendant la plus grande partie de l'année.

3° Par une résidence de 10 ans dans le même lieu pendant la plus grande partie de l'année. (Can. 92 §§ 1 et 2.)

Ce qu'il faut en retenir, c'est qu'on peut donc avoir plusieurs domiciles, alors que dans notre droit civil on ne peut en avoir qu'un seul.

(2) Les fêtes de précepte sont : Noël, la Circoncision, l'Epiphanie, l'Ascension, la Fête-Dieu, l'Immaculée-Conception, l'Assomption, Saint-Joseph, Saint Pierre, Saint Paul et la Toussaint. (Can. 1247.)

jours et comprendre dans ce délai deux dimanches ou fêtes de précepte. (Can. 1025.)

Bien entendu l'Ordinaire peut, pour causes légitimes, dispenser de toutes publications. (Can. 1028 § 1), et les publications qui n'ont pas été suivies du mariage dans les six mois doivent, en principe, être recommencées. (Can. 1030 § 2.)

---

§ 2. — *Les Publications dans le Code civil*

Les publications sont l'une des matières où le droit canonique s'est beaucoup rapproché de notre Code. Nous allons voir qu'elles sont, en somme, très peu différentes.

Le Code civil avait prévu une annonce orale faite au public deux dimanches consécutifs à la porte de la maison commune. Mais la pratique avait laissé tomber en désuétude ces publications orales, et la loi du 21 juin 1907 a régularisé cette pratique. La loi du 9 août 1919, toujours pour faciliter le mariage, supprimait à son tour l'exigence de l'intervalle de deux dimanches, et il suffit désormais que l'affiche reste apposée à la porte de la mairie pendant 10 jours. (Art. 64.)

Cette publication devra être effectuée :

1° Au lieu du domicile ou de la résidence des futurs époux [1]. (Art. 166.)

---

(1) Le domicile est le lieu du principal établissement. (Art. 102).

2° Si le domicile ou la résidence ont une durée inférieure à six mois, des publications auront lieu, *en outre,* au dernier domicile ou, à défaut, à la dernière résidence.

3° Si ce dernier domicile ou cette dernière résidence est inférieur à six mois, les publications seront *également* faites au lieu de naissance. (Art. 167.)

4° Enfin, si les époux ou l'un d'eux sont mineurs, des publications seront encore faites au domicile des ascendants devant consentir au mariage. (Art. 168.)

On voit donc que ces publications pourront avoir lieu dans cinq endroits différents pour chacun des époux, au lieu de quatre en droit canonique. Ce seront : au lieu d'une résidence d'un mois, du domicile de moins de six mois, d'une résidence antérieure de moins de six mois, au lieu de naissance et au lieu du domicile de certains ascendants. On ne peut en déduire que notre législation soit plus sévère. Au contraire, ses exigences sont limitativement déterminées, tandis que le droit canonique laisse à la libre volonté du curé ou de l'Ordinaire le droit de requérir dans les hypothèses très simples pour notre droit civil, toutes les publications possibles.

Notons encore que notre droit porte à un an l'effet utile de la publication. (Art. 65.)

La loi du 21 juin 1907 est venue permettre au Procureur de la République de l'arrondissement où le mariage doit être célébré, de dispenser de toutes publications, pour motifs graves [1]. (Art. 169.)

---

(1) Il n'est admis que trois cas de dispenses : le danger de mort par suite de maladie, un départ forcé et subit et un accouchement imminent de la future épouse.

Chaque loi sur le mariage diminue le contenu de l'affiche de publications. La loi du 9 août 1919 a fait disparaître le nom des père et mère, et la loi du 8 avril 1917 (art. 4) a permis au Procureur de la République de dispenser de tout affichage pour de simples raisons de convenances sociales. Le but de cette nouvelle disposition est d'éviter de révéler aux tiers un projet de mariage entre deux personnes vivant en concubinage et passant pour être mariées. Mais il n'en reste pas moins que c'est, en fait, la disparition des publications dans certains cas, car, qu'est-ce qu'une publication secrète ? Le projet de mariage sera seulement révélé au Procureur de la République, et il faudra quand même respecter le délai de dix jours avant de procéder à la célébration du mariage.

Une autre loi supprimera bientôt l'indication du domicile, à moins qu'elle ne supprime tout à fait ces publications qui sont à l'heure actuelle tant critiquées.

---

§ 3. — *Droit soviétique*

Quant au droit soviétique, est-il bien nécessaire de préciser qu'il ignore totalement toutes sortes de publications. Etant données les circonstances d'où résulte le mariage (Art. 12 du Code de 1927) il faut supposer que, dans la grande majorité des cas, il existera avant d'être connu et nous avons vu qu'il pouvait même exister à l'insu d'un époux. Il semble difficile de lui impo-

ser d'en faire la publication avant qu'il n'aille le contracter. Restait évidemment la possibilité d'exiger des publications pour l'enregistrement. Le Code n'a pas cru devoir le faire et il a aussi bien fait : publier un moyen de preuve eut été ridicule.

SECTION II

Des Pièces a remettre pour la Célébration du Mariage

Le droit canonique, conséquence de son caractère primitif de contrat consensuel, ne connaît pas en cette matière une exigence considérable. En tant que législation, les pièces qu'il impose sont moins nombreuses que dans notre droit civil, et si, en définitive, il en connaît davantage, cela est dû à son caractère de religion.

Les époux doivent produire devant l'Eglise leur billet de confession, les certificats d'obtention de dispense, éventuellement l'acte de décès d'un premier époux, les certificats de publication des bans, également le certificat du mariage civil et leur acte de baptême.

Le certificat du mariage civil n'est pas exigé par le droit canonique mais par notre droit pénal, qui interdit à tout ministre d'un culte de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage « sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état-civil. » L'infraction est sanctionnée d'une amende de 16 à 200 francs et même, en cas de récidive, peut entraîner une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans et la détention. (Art. 199 et 200 du Code Pénal.)

Notre législateur avait, en effet, estimé qu'il convenait de déjouer cette fraude consistant pour les futurs époux à faire célébrer uniquement leur mariage à l'Eglise, en omettant volontairement, par mépris pour la législation civile, de régulariser leur union selon la loi nouvelle. Cette hypothèse pouvait se concevoir en l'an X. Le mariage civil est trop entré dans les mœurs pour qu'elle puisse présenter, de nos jours, un éventuel danger.

L'acte de baptême joue un rôle absolument analogue à l'acte de naissance dont la production, nous le verrons, est exigée pour le mariage civil.

Il y a là, depuis le décret *Ne Temere,* un cas de rapprochement de la loi canonique vers notre législation séculière. Outre l'utilité spéciale que présente ici l'acte de baptême (le mariage est un sacrement entre les baptisés), il va permettre de s'assurer dans la mesure du possible de l'absence d'un mariage antérieur liant l'un des époux. Le canon 1103 § 2 du Codex, reproduisant le décret *Ne Temere,* prescrit en effet l'inscription du mariage sur l'acte de baptême, dont la production ultérieure révélera ainsi l'empêchement. Aussi doit-il être relativement récent, et à Paris un règlement particulier limite à trois mois sa validité [1].

Notre Code civil exige de son côté l'acte de consentement des père et mère, dans le cas évidemment où le

(1) Lorsque l'acte de baptême ne peut être produit, la preuve peut en être faite par tous les moyens, et en cas de péril de mort le serment des deux époux suffit. (CAN. 1019 § 2.)

consentement est encore requis. On doit y joindre éventuellement les décrets de dispenses qui ont pu être accordées, l'acte de décès d'un premier époux, l'autorisation de l'autorité militaire et, le cas échéant, le certificat du notaire qui a reçu le contrat de mariage.

Il n'est plus nécessaire, depuis la loi du 9 août 1919, de justifier que les publications requises par la loi ont été faites : cela intéressant exclusivement les officiers de l'état-civil.

La réunion de toutes ces pièces ne sera nécessaire, nous le voyons, que dans des cas particuliers. Une seule est requise en toute hypothèse et pour tous les mariages. C'est l'acte de naissance des futurs époux. Notre législation nous apparaît donc comme moins formaliste que le droit canonique. Mais ce n'est qu'à la suite d'une évolution faite par des lois successives et dans le seul but de faciliter le mariage que l'on est arrivé à un tel résultat. La loi du 17 août 1897, en prescrivant l'inscription de tout mariage en marge de l'acte de naissance, a permis ainsi d'éviter assez souvent la bigamie. On exige que l'expédition de l'acte de naissance ne soit pas antérieur à trois mois. On arrive ainsi à une certaine analogie entre les deux législations [1].

Le droit soviétique, comme il fallait s'y attendre, a réduit au strict minimum les formalités. Il est bien évident qu'au mariage non enregistré aucune pièce ne peut

(1) En cas de non-production de l'acte de naissance, il y est suppléé par un acte de notoriété. (Art. 71 et 72.)

être nécessaire, et pour l'enregistrement deux sortes de documents doivent être fournis.

En premier lieu, la loi exige la présentation d'une pièce quelconque certifiant la personnalité de chaque époux. Toutes les sortes de preuves sont admises : registre de naissance, acte de notoriété et tous autres documents et témoignages reconnus suffisants par le fonctionnaire. (Art. 59, remarque du Code de 1923.) Le préposé à l'enregistrement est donc compétent pour admettre que l'identité des conjoints est, ou non, établie.

Les époux doivent fournir en second lieu une affirmation écrite dans laquelle ils certifient qu'il n'y a pas d'empêchement (à l'enregistrement) — où ils indiquent l'ordre numérique du présent mariage, — le nombre d'enfants qu'ils ont eus jusqu'à ce jour, et enfin, ils reconnaissent s'être mutuellement informés de leur état de santé réciproque au point de vue des maladies mentales, vénériennes et pulmonaires. (Art. 132 du Code de 1927.) Toute fausse déclaration expose son auteur à une sanction pénale.

On s'est extasié sur « cette innovation intéressante » qui réside dans cette obligation pour les époux de s'informer réciproquement de leur santé. Cette question touche à un problème souvent agité dont la solution ne laisse pas d'être particulièrement délicate. En tout cas, cette prétendue innovation n'a pas la moindre portée dans la loi russe. En effet, une déclaration mensongère ne peut entraîner la nullité de l'enregistrement et, en tout état de cause, elle ne peut porter atteinte à la vali-

dité du mariage. A quoi sert dans ces conditions une sanction pénale qui ne pourra jamais intervenir, car le défaut de sincérité suppose nécessairement la connivence des conjoints ? L'un d'eux, en effet, ne pourra jamais invoquer la déclaration mensongère de l'autre, puisqu'ils ont certifié ensemble s'être mutuellement informés, ce qui constitue l'un garant de l'autre et inversement. Par conséquent, aucune sanction civile et sanction pénale radicalement impossible.

Ce n'est donc qu'une inconséquence de plus dont on ne s'est pas aperçu !

SECTION III
La Célébration du Mariage

Les règles de formes concommitantes à la célébration du mariage se réfèrent à la publicité qui doit l'entourer, à l'intervention de l'autorité compétente pour le célébrer et à la rédaction de la preuve qu'on doit en conserver.

§1. — *Des règles relatives à la publicité du Mariage*

La publicité du mariage est nécessaire pour de graves raisons. Il faut d'abord que le mariage puisse être connu de ceux qui auraient des oppositions à former ou des empêchements à révéler. De plus, les tiers ont le plus grand intérêt à connaître un événement qui peut avoir des conséquences morales, sociales et surtout pécuniaires dont il est nécessaire qu'ils soient avertis.

Aussi, pour assurer cette publicité, exige-t-on d'abord que le mariage soit célébré dans un lieu déterminé.

1° Du lieu de la Célébration

Droit Canonique

Le droit canonique pose en un premier principe — le mariage étant « un bien » et pouvant heureusement régulariser certaines situations — qu'il peut être célébré n'importe où, en cas de nécessité. (Can. 1097 § 3.)

Mais, dans les circonstances ordinaires, il ne pourra être célébré que dans des lieux déterminés. Le droit canonique ne détermine pas ces lieux, mais l'autorité compétente qui doit exercer son ministère. Ce qui revient au même, dira-t-on, si cette autorité possède une compétence territoriale.

Le mariage peut et doit être célébré par le curé du domicile, du quasi-domicile ou de la résidence d'un mois de la fiancée [1] (Can. 1097 §§ 1 et 2), curé exerçant son ministère dans la paroisse où il a compétence pour l'exercer. (Can. 1095 § 2.) Ce qui revient à dire que le curé, ayant une compétence exclusivement territoriale, le mariage doit être célébré au lieu du domicile ou d'une résidence d'un mois de l'un des futurs époux. Cette compétence territoriale est relativement récente puisqu'elle ne date que du décret *Ne Temere*. Dans le droit antérieur, le prêtre ne possédait qu'une compétence personnelle ; en d'autres termes, il pouvait célébrer validement le mariage de ses paroissiens en dehors même de son territoire, en un lieu quelconque. Et cela va nous montrer d'une façon précise l'évolution et même la révolution, quoi qu'on en dise, subie par ce mariage primitivement contrat consensuel. La réforme du Concile de Trente, pour grave qu'elle était, n'en restait pas moins relative. Le rôle du prêtre n'était que celui d'un témoin particulièrement qualifié à raison de sa juridiction, non

(1) Une cause insignifiante permet de faire tomber ce simple *désir* de l'Eglise. Ainsi « la facilité plus grande pour effectuer le voyage de noces » est considérée comme un motif suffisant pour que le domicile ou la résidence du fiancé l'emporte. (Cance. *Op. cit.*, p. 490, note 4.)

sur son territoire, mais sur l'ensemble de ses paroissiens, mais témoin tout de même, assisté de deux autres témoins. Compétence personnelle, nous le répétons, qui permettait à deux époux d'aller s'unir en légitimes noces et avec la complicité du prêtre, à l'abri des regards indiscrets. Cette fraude était manifestement contraire à l'esprit de la réforme : la publicité du mariage. Mais on ne pouvait aller plus loin dans la voie de l'évolution.

Le décret *Ne Temere* accorde brusquement au prêtre une compétence territoriale et désormais il ne peut plus, sous peine d'entraîner la nullité de l'union conjugale, célébrer un mariage en dehors des limites de son territoire. La logique et le bon sens exigeaient l'assimilation complète, la confusion absolue de l'ancienne compétence personnelle et de la nouvelle compétence territoriale. Bien au contraire, on va les distinguer : l'incompétence *ratione personæ* ne va être considérée que comme un simple empêchement prohibitif au mariage, alors que l'on va reconnaître le caractère d'empêchement dirimant à l'incompétence *ratione loci*, et la doctrine, exagérant cette distinction, se contentera de constater les conséquences de cette réforme, à savoir que tout mariage dont les conditions de domicile ou de résidence ne sont pas remplies est néanmoins validement contracté sous cette seule condition que le curé qui le célèbre ait exercé son ministère sur le territoire où il devait l'exercer.

Nous tirons nous-même cette conséquence que l'on n'a pas osé en tirer : cette prétendue réforme constituait donc un pas en arrière en diminuant les garanties de

publicité qu'avait précisément voulu imposer les Pères du Concile de Trente.

En réalité, il n'y a là qu'une apparence superficielle, et il serait vain de distinguer les deux sortes de compétence au seul point de vue des conséquences que leur inobservation peut entraîner. En effet, avant le décret *Ne Temere*, il était légalement possible dans tous les cas de contracter mariage en un lieu quelconque pourvu qu'on puisse se procurer la présence du curé dont on relevait en tant que paroissien. Actuellement, au contraire, si tout curé peut célébrer un mariage valide sur son seul territoire, il ne le fera qu'à l'égard de ceux qui remplissent également la qualité de paroissiens puisqu'il est seul compétent pour procéder aux nombreuses formalités qui précèdent le mariage et qui l'autorisent à y procéder.

Pour compléter la réforme et la rendre logique, il fallait évidemment accorder les mêmes sanctions aux deux sortes d'incompétence du prêtre. Il y a là une inconséquence, volontaire peut-être de la part du législateur, inconséquence qui a seulement abouti à créer une grave confusion dans l'esprit des canonistes et à les faire se méprendre sur la portée exacte de la nouvelle réglementation. Celle-ci n'est, en définitive, qu'un renforcement des mesures de publicité, donc une atteinte de plus à la théorie du mariage contrat consensuel. A tel point que la législation canonique est exactement semblable désormais à notre législation civile. Il eut été plus simple et moins équivoque de l'adopter purement et simplement.

Le Code Civil

L'article 74 du Code civil déclare que « le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou une résidence établie par un mois au moins d'habitation continue. » La loi du 21 juillet 1907, facilitant encore le mariage, a en effet réduit à un mois la résidence de six mois qui était primitivement exigée. Le domicile ou la résidence étant indifféremment celui de l'un ou l'autre époux, il y a donc quatre communes où le mariage peut être célébré, et là où il est célébré, l'officier de l'état-civil qui y exerce ses fonctions est seul compétent pour y procéder. On ne distingue donc pas deux sortes de compétence, l'une et l'autre entraînent la nullité.

Le Droit Soviétique

Enfin, le Code des Soviets exige que l'enregistrement du mariage se fasse au lieu du domicile de l'un quelconque des déclarants (art. 1er du Code de 1927.) Comme toujours, c'est la simplicité même !

Quant au mariage non-enregistré, nous avons vu que l'une de ses caractéristiques était précisément d'être à l'abri de toute publicité.

2° De quelques autres Mesures de Publicité

La publicité du mariage sera mieux assurée s'il est célébré dans un local ouvert à tous et généralement fréquenté.

L'Eglise exige que le mariage soit normalement célébré à l'église paroissiale. Il ne peut être célébré ailleurs qu'avec la permission de l'Ordinaire ou du curé. (Can. 1109 § 1.) Il peut avoir lieu dans une maison privée, mais dans des circonstances graves [1].

Le public doit être librement admis. Exception faite toutefois lorsqu'on se trouve en présence d'un mariage secret. (Can. 1104 à 1107.) Il y a là, une fois de plus, dans le droit canonique, un restant du vieil esprit traditionnaliste. Ces mariages de conscience ou mariages secrets ne sont pas clandestins en ce sens qu'ils sont contractés dans les formes prescrites devant un prêtre et des témoins. Mais ils sont tenus cachés et supposent une dispense totale des publications et des témoins qui seront des amis sûrs à la discrétion des contractants. Ils ne peuvent être autorisés que pour des causes très graves. Elles procèdent toutes de l'impossibilité de contracter mariage au grand jour par suite de la prohibition de la législation civile ou par crainte du scandale.

Ces mariages sont évidemment contraires à l'esprit de la réforme du Concile de Trente. Mais c'est une fissure nécessaire qu'explique la parole de Saint Paul : « *Melius est enim nubere quam uri.* »

Enfin, le droit canonique ordonne que le mariage soit contracté en présence de deux témoins.

Leur rôle est simple et il leur suffit d'assister à l'échange

---

(1) Les mariages mixtes (empêchements de religion mixte ou de disparité de culte) doivent être célébrés en dehors de l'Eglise — généralement à la sacristie. — Mais nous avons vu que l'Ordinaire pouvait autoriser à enfreindre cette prohibition. (Can. 1109 § 3.)

des consentements. Il suffit donc qu'ils aient l'usage de leurs « sens » et de leur raison, ce qui suppose atteint l'âge de la puberté. Mais en dehors de cette condition, le mineur comme le majeur, l'homme comme la femme, le catholique comme le non-catholique peuvent être témoins [1]. Il s'agit ici non pas d'une question de preuve, mais seulement de publicité et de solennité [2].

Notre mariage civil doit être célébré en principe « dans la maison commune. » (Art. 5.) La loi du 9 août 1919, rendant légale et précisant la pratique antérieure, permet de déroger à cette règle en autorisant l'officier de l'état-civil à procéder au mariage en un lieu quelconque en cas « d'empêchement grave ». Il appartient au Procureur de la République d'apprécier les motifs invoqués et de donner l'autorisation ou l'ordre sollicité [3].

Le Code civil ignore les mariages secrets qu'une ordonnance de 1639 a depuis longtemps prohibés. Le public peut donc, en toute liberté, assister aux mariages.

Le principe de la publicité a également pour conséquence la présence de témoins. Le Code en exigeait quatre. La loi du 9 août 1919 a réduit leur nombre à deux. La loi du 7 décembre 1917 a admis les femmes à

---

(1) Mais cependant, on recommande d'écarter autant que possible les non-catholiques et de choisir de préférence les hommes aux femmes. (DURIEUX. *Op. cit.*, p. 39.)

(2) En effet, en droit canonique, deux témoins suffisent pour que la preuve testimoniale soit acquise. Donc un mariage contracté avec un prêtre et un témoin serait juridiquement prouvé, mais il n'en serait pas moins nul. C'est donc bien une question de solennité. (ESMEIN. *Op. cit.*, II, p. 186.)

(3) Lorsqu'il est impossible d'y recourir, l'officier de l'état-civil peut agir de sa propre autorité.

remplir ce rôle, et la seule condition qu'on exige est que les témoins aient 21 ans.

L'enregistrement du mariage n'étant en Russie qu'une simple « inscription », cette inscription se fait naturellement à l'office destiné à cet usage, qui n'est autre que l'organe d'inscription des actes de l'état-civil ou *Zags*. (Art. 1er, Code de 1927). L'enregistrement peut avoir lieu ailleurs dans les cas « où il est établi par un certificat médical que la maladie cause l'impossibilité de se rendre au siège de l'administration. » (Art. 54 du Code de 1923 — toujours en vigueur très probablement.)

Le Code de 1923 prévoyait « un local spécialement destiné à l'accomplissement des mariages. » (Art. 54.) Faut-il dire désormais, dans le silence du Code de 1927... à l'enregistrement, puisqu'il ne s'agit plus, maintenant, que de l'enregistrement du mariage ? Nous ne le pensons pas, aucune distinction n'étant faite, et il est traité à la fois de l'enregistrement du mariage et du divorce. Il ne peut s'agir tout au plus que d'un guichet spécial !

Devant ce guichet cependant, des témoins pourront être admis (en nombre illimité), mais « si les personnes contractant mariage le désirent. » (Art. 134.) On vous laisse donc toute liberté !

§ 2. — *De la Célébration proprement dite du Mariage*

La Loi de l'Eglise

Nous sommes enfin au pied de l'autel où les futurs époux vont procéder eux-mêmes à l'échange de leur consentement. En principe, ils doivent donc être présents. (Can. 1088 § 1.) Mais le caractère de contrat que l'on tient à conserver au mariage devait permettre une dérogation à la règle et autoriser le mariage par procuration. Un mandataire, muni des pouvoirs réglementaires, peut donc représenter à la célébration du mariage une des parties légitimement empêchée. (Can. 1089.) Le mariage par procuration reste cependant une mesure exceptionnelle.

La célébration du mariage nécessite, nous l'avons déjà vu, l'intervention du curé compétent. Nous savons que c'est la grande réforme du Concile de Trente qui est venue modifier et accentuer la réglementation nouvelle du décret *Ne Temere*. A l'heure actuelle, par conséquent, c'est le curé qui exerce sa juridiction sur le territoire où le mariage est célébré, qui peut seul et qui doit apporter son ministère aux futurs époux, et cela sous peine de nullité du mariage. Ce prêtre peut déléguer malgré tout ses fonctions à un autre ecclésiastique, pour divers motifs émanant de lui-même ou, le plus souvent, des époux. (Can. 1094, 1095, 2° et 1096.)

Le prêtre qui procède à la célébration du mariage ne doit « y être contraint ni par la force, ni par une crainte grave. » (Can. 1095 § 3.) En d'autres termes, son inter-

vention doit être libre et sa présence doit avoir été requise. Cette disposition qui, à première vue, peut paraître futile, a, en réalité, une assez grosse importance. Mesure relativement récente — elle date encore du décret *Ne Temere* — elle est venue mettre fin à ces sortes de mariages dits de surprise [1]. Le prêtre n'étant qu'un simple témoin et nullement un célébrant — on l'affirme toujours — le mariage se formant par le seul échange du consentement, il devait suffire que cet échange des consentements soit constaté devant les témoins nécessaires pour que, indépendamment de toute autre circonstance, le mariage soit ipso-facto constitué. Aussi il y eut des futurs époux, opiniâtres ou ingénieux, qui surent tirer partie de cette réserve et qui venaient trouver le prêtre à l'église en se faisant accompagner d'un notaire et de témoins. On le surprenait au besoin dans quelque recoin ou derrière un pilier et, brusquement, on déclarait devant lui se prendre pour mari et femme [2]. La règle était sauve, et si son esprit était certainement violé, ces mariages furent déclarés parfaitement valables, toujours pour cette seule raison que le mariage est un contrat qui se forme par le seul échange du consentement. Nous verrons les conséquences qu'il faut tirer de cette nouvelle réforme.

Quel va être le rôle du prêtre ?

D'abord, contrairement à l'officier de l'état-civil, il ne prononce aucun avertissement sur la sainteté du

---

(1) Ou encore mariages à la Gaulmine.

(2) Lefebvre. *Op. cit.*, p. 221.

mariage et sur les devoirs qu'il entraîne à l'égard des époux. Cet avertissement n'a pas lieu en ce moment, mais a été fait au préalable, généralement au cours de l'enquête. (Can. 1033.)

Son rôle se borne à « assister » au mariage qui, nous l'avons vu « consiste » lui-même dans l'échange du consentement. (Can. 1095 § 1 et 1081.)

Ce consentement se manifeste par des paroles qui, du moins dans l'ancien droit, ne devaient pas nécessairement être entendues distinctement parce qu'on estimait qu'elles pouvaient être prononcées à voix basse, surtout par la femme « à cause de sa pudeur et de sa timidité ! » Le décret *Ne Temere* a encore exigé que le prêtre demande et reçoive le consentement (Can. 1095 § 3), ce qui n'interdit pas qu'il soit exprimé par signes chez les muets, par exemple, mais non plus dans l'hypothèse d'une pudeur actuellement bien aléatoire. (Can. 1088 § 2.)

La volonté s'étant ainsi manifestée, le mariage se forme automatiquement, et l'on peut dire que ce sont les deux époux qui s'unissent eux-mêmes et qui sont les ministres de leur union. Telle est la théorie classique après le Concile de Trente. Officiellement, rien ne paraît y avoir été changé. Mais, peut-on dire qu'actuellement le prêtre ne soit qu'un simple témoin ?

Nous avons vu qu'il doit désormais être requis et prêter librement son assistance, qu'il demande et reçoit les consentements et surtout qu'il possède une compétence exclusivement territoriale. Les actes qu'il accomplit sont exclusifs de ceux d'un simple témoin et il n'est pas douteux que le prêtre accomplit désormais un acte de juri-

diction. Non pas qu'il unisse à lui seul les époux, mais son ministère lui fait prendre une part trop active, trop spéciale pour qu'il n'ait que le rôle d'un témoin, et on ne peut plus soutenir que le consentement forme à lui seul le mariage. Celui-ci n'est plus un simple contrat, mais constitue maintenant un contrat formel très caractérisé.

On le reconnaît d'ailleurs : « C'est là une conséquence de cette évolution qui tend à soumettre de plus en plus le mariage aux règles de la juridiction ordinaire » ; il est « avant tout un acte public qui intéresse la société tout entière. Or, ce qui intéresse d'abord la société dépend de la juridiction extérieure. » [1] Ce qui revient à dire que le mariage n'aurait jamais dû être un contrat consensuel et qu'il est maintenant davantage une institution qu'un contrat. On voit le chemin parcouru dans cette évolution du mariage et c'est une véritable révolution. La conséquence logique eût été de faire disparaître avec ces réformes successives toutes les dispositions incompatibles avec le caractère actuel d'institution. Mais la théorie du consentement reste toujours celle du simple contrat! Et, sans aller plus loin, le droit canonique permet encore le mariage sans prêtre [2].

L'Eglise se plaît à entourer la célébration du mariage d'un certain nombre de cérémonies purement accessoires

---

(1) BOUDINHON, *Le Canoniste contemporain*, 1908, p. 70 et sq.

(2) En cas de péril de mort ou lorsqu'on prévoit l'impossibilité de se procurer la présence d'un prêtre avant un mois, l'échange des consentements, en présence de deux témoins, suffit à constituer le mariage. (CAN. 1098.) La force des traditions est impossible à vaincre et la faveur du mariage l'emporte toujours.

et ne venant rien y ajouter, mais qui confère au mariage religieux toute sa supériorité.

« On doit observer les rites prescrits dans les livres approuvés par l'Eglise ou admis par la coutume. » [3] (CAN. 1100.) Nous nous bornerons à n'en citer que quelques-uns. La bénédiction de l'anneau — celui de la femme seulement — a pour but d'assurer à l'épouse une plus grande fidélité.

Le canon 1101 prescrit au curé de veiller à ce que les époux reçoivent la bénédiction nuptiale qui peut d'ailleurs être donnée au cours du mariage, mais jamais en dehors d'une messe. Cette bénédiction, qui nécessite donc la célébration de la messe, s'adresse encore exclusivement à la femme et a pour but d'attirer sur elle une plus grande fécondité.

Reste la rédaction de l'acte de mariage qui se fera le plus souvent immédiatement après la cérémonie. Ce serait une erreur de croire que la réunion de la sacristie n'a d'autre but que de permettre aux jeunes époux ou à leur famille de recevoir du fond du cœur, sinon du bout des lèvres, les congratulations traditionnelles. C'est là que se rédige l'acte de mariage qui contiendra le nom des époux et des témoins, la date et le lieu de la célébration et « toutes autres indications nécessaires. » (CAN. 1103 § 1.)

Si les époux ont été baptisés dans la paroisse, mention du mariage sera faite en marge de l'acte de baptême,

---

(3) En principe, aucun rite ne doit accompagner le mariage avec dispense de religion mixte ou de disparité de culte. (CAN. 1102 et 1095.)

sinon, c'est à la diligence du curé compétent pour célébrer le mariage que la mention prescrite sera effectuée au lieu du baptême. (Can 1103 § 2.) On connaît les raisons de cette prescription introduite par le décret *Ne Temere :* éviter, dans la mesure du possible, la bigamie.

Le Code Civil

Le mariage civil est un acte solennel qui doit être célébré dans les formes déterminées par la loi et consistant dans la présence personnelle des deux époux et dans l'intervention d'un officier de l'état-civil, représentant de la loi et de l'Etat, qui intervient pour donner au mariage un caractère public. Tout mariage contracté en dehors de cette forme est nul et non avenu aux yeux de la loi.

L'article 75 du Code civil donne en quelque sorte le rite de la célébration du mariage. « L'impression qui se dégage de la lecture de ce texte est celle d'une cérémonie sobre et, par là même, assez digne, mais un peu vide » par comparaison, évidemment, avec la cérémonie religieuse. Pas de chants, peu de discours, point de fleurs ni d'emblème. A l'église, au contraire, la majesté du cadre, les orgues et les fleurs, la marche du cortège en grande pompe, toutes choses qui, jointes à l'élégance du milieu, font quelquefois du mariage une fête mondaine très courue.

L'officier de l'état-civil procède devant les parties, leurs parents et leurs témoins à une lecture (en pratique fort écourtée) des pièces qu'elles ont produites. Il ajoute,

souvent sans conviction, la lecture des articles 212, 213 et 214 du Code civil qui déterminent les principaux effets juridiques du mariage et qui en constituent un admirable résumé. Il interroge les futurs époux sur le point de savoir s'il y a eu contrat de mariage et enfin reçoit leur déclaration « qu'ils veulent se prendre pour mari et femme. » Il prononce alors « qu'au nom de la loi les parties sont unies par le mariage. »

A quel moment précis est-il formé ? Est-ce après l'échange des consentements, comme en droit canonique ? On admet, au contraire, qu'il n'y a mariage qu'après le prononcé de la formule d'union. L'officier public joue donc dans notre mariage civil un rôle plus actif que le célébrant canonique. C'est lui qui unit les époux. Cette solution a été critiquée comme étant en désaccord avec la tradition historique et comme peu conforme au texte même de la loi. Elle nous paraît avoir l'avantage de consacrer le caractère d'institution du mariage.

Remarquons que le Code civil exige la comparution personnelle des parties, la présence des époux faisant partie du cérémonial du mariage. On a voulu que chacun des époux restât maître de son consentement jusqu'au dernier moment et, par suite, on n'a pas admis qu'il pût le donner par avance à un mandataire [1].

L'acte de mariage est ici *obligatoirement* dressé aus-

---

(1) La dernière guerre devait apporter une dérogation passagère à ce principe. Les lois du 4 avril et 19 août 1915 ont, en effet, apporté une exception en faveur des militaires ou marins présents sous les drapeaux ou prisonniers pendant *une* guerre. Il faut des raisons graves et une autorisation du Ministre de la Justice et du Ministre de la Guerre, de l'Air ou de la Marine.

sitôt après la cérémonie [1]. Les énonciations qu'il doit contenir sont plus nombreuses que celles qui sont exigées par le droit canon. Enfin, la mention du mariage est effectuée sur l'acte de naissance de chacun des époux. (Art. 76.)

Le Code Soviétique

Elle est bien triste la célébration du mariage bolchevique! Il est inutile de préciser comment s'opère cette célébration. Il suffit de se reporter encore à l'article 12 du Code pour se rendre compte que le législateur révolutionnaire a adopté — curieux rapprochement — et même a dépassé les principes admis par le droit canonique antérieurement au Concile de Trente. Il n'est pas exagéré de dire que ce sont les époux eux-mêmes qui sont également ici les ministres de leur mariage, souvent à leur insu... dans le mystère de l'alcôve!

On ne peut pas imaginer moins de formalités [2].

---

(1) « Le plus vite possible », dit le droit canonique.
(2) Réserve faite, bien entendu, de ce que nous avons dit de l'enregistrement.

SECTION IV

Preuve du Mariage

La preuve du mariage a une importance pratique assez considérable. Cette importance n'existe pas seulement pour les époux qui invoquent dans leurs rapports avec des tiers leur qualité de gens mariés ; elle est très grande aussi pour les enfants issus de l'union conjugale, car le mariage de leurs parents est l'un des éléments d'où résulte la démonstration de leur filiation légitime. Enfin, d'autres personnes encore peuvent avoir à administrer la preuve d'un mariage. Aussi a-t-on senti la nécessité d'exiger une preuve écrite incontestable.

L'Eglise, lorsqu'elle considérait le mariage comme un simple contrat consensuel, n'en exigeait cependant aucune preuve spéciale. Elle admettait tout aussi bien la preuve testimoniale basée sur l'affirmation de deux témoins que la simple possession d'état. Et encore, pour cette dernière, n'était-il pas nécessaire que ses trois éléments se trouvassent réunis : un seul d'entre eux pouvait, accompagné de certaines circonstances, constituer une preuve suffisante du mariage.

Mais si les prétendus époux portaient le même nom (*nomen*), s'ils se comportaient comme époux légitimes (*tractatus*), et si la commune renommée leur reconnaissait cette qualité (*fama*), le mariage était surabondam-

ment prouvé. C'est ce qu'exprimait cet ancien dicton : « Boire, manger, coucher ensemble est mariage, ce me semble. »

Le Concile de Trente vint exiger « que le curé ait un livre dans lequel il enregistrera le nom des conjoints et des témoins, le jour et le lieu où le mariage aura été contracté. » Cette preuve écrite, presque authentique, étant donnée sa force probante, devait logiquement devenir la preuve exclusive du mariage. Si elle est aujourd'hui la preuve normale le plus souvent employée, elle n'est qu'un mode de preuve supplémentaire qui est venu s'ajouter aux autres preuves qui peuvent toujours être utilisées.

L'innovation du Concile de Trente allait au contraire évoluer dans notre législation séculière : si les dispositions du Concile ne furent pas *reçues* en France, plusieurs d'entre elles furent reprises dans les ordonnances royales. Ainsi l'Ordonnance de Blois de 1579 prescrivit aux curés la tenue des registres de l'état-civil, mais n'alla pas jusqu'à exclure la preuve testimoniale comme preuve du mariage. La grande Ordonnance de 1629 et surtout l'Ordonnance sur la procédure de 1667 supprimèrent cette tolérance et posaient le principe qui domine nos actes de l'état-civil : à savoir que la preuve, à de très rares exceptions près, ne peut résulter que de la mention des registres. De là l'article 194 du Code civil : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état-civil. »

Il n'est admis à ce principe que trois sortes de déro-

gations : lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsqu'ils ont été détruits ou perdus, la preuve du mariage peut alors se faire par tous les moyens possibles [1].

La possession d'état qui « ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement de représenter l'acte de célébration du mariage » (Art. 195), sera cependant une preuve suffisante, mais seulement en faveur des enfants issus du mariage et si leurs deux auteurs sont décédés. (Art. 197.) Enfin, lorsqu'il s'agit de prouver la parenté en vue d'une succession à recueillir, la jurisprudence semble toujours admettre la solution de l'ancien droit, c'est-à-dire autoriser la preuve du mariage par tous documents ou présomptions quelconques.

Le droit soviétique adopte quant à la preuve du mariage une solution assez voisine de celle du droit canonique. Il estime, nous l'avons vu, que la preuve préconstituée de l'enregistrement, donc par l'acte de l'état-civil, est préférable à tout autre mode de preuve. Malheureusement, cette preuve ne peut pas être la preuve normale, la plus courante de l'union conjugale. Il est trop évident, en effet, que l'enregistrement n'étant nullement obligatoire et étant même soumis à certaines conditions, on aura une tendance manifeste à ne pas recourir à cette formalité gênante. Cependant, si les époux veulent y mettre un peu de bonne volonté, l'enregistrement de leur union leur évitera quelques soucis.

---

(1) Lorsque l'inexistence ou la destruction des registres provient d'un acte délictueux, le jugement correctionnel ou criminel qui constate le délit ou le crime, tient lieu d'acte de mariage et en constitue donc la preuve. (Art. 198.)

« L'enregistrement dans les organes d'inscription des actes de l'état-civil est la preuve indiscutable de l'existence du mariage. » (Art. 2.) Cette preuve soi-disant indiscutable n'est d'ailleurs pas incontestable. A l'inverse de notre Code, les actes de l'état-civil ne sont pas, en Russie soviétique, vrais jusqu'à inscription de faux. Au contraire, les mentions qu'ils contiennent peuvent être contestées par tout intéressé. (Art. 116.) Il suffit, pour ce faire, d'employer « les formes judiciaires », autrement dit de s'adresser au tribunal qui doit, dès lors, établir le mariage comme s'il n'avait pas été enregistré. On retombe alors dans le cas de la preuve du mariage non-enregistré.

Nous avons vu comment celui-ci était prouvé. L'intervention du tribunal est toujours nécessaire. Il s'appuiera sur :

« Le fait d'habiter en commun » ;

« L'existence, à raison de cette cohabitation, d'une économie commune » ;

« Et la révélation des rapports conjugaux devant des tiers, dans la correspondance personnelle et autres documents, ainsi que, selon les circonstances, le soutien matériel réciproque et l'éducation en commun des enfants. » (Art. 12.)

Nous avons dit précédemment qu'il y avait là tous les éléments d'une véritable possession d'état. Elle n'a pas besoin d'être complète, et l'un de ses éléments, accompagné d'une ou de quelques circonstances, éclairera suffisamment un tribunal aux pouvoirs discrétionnaires pour le faire déclarer que la preuve du mariage est suffisam-

ment établie. Telle est, à notre sens, l'interprétation exacte de cet article 12. Elle est ainsi identique à la preuve du mariage par la possession d'état, telle du moins que la concevait l'ancien droit canonique. D'où il résulte avec évidence que les Soviets n'ont rien innové. Ils ont encore repris un moyen de preuve tombé en désuétude. L'étiquette rouge ne l'a pas rajeuni.

CHAPITRE IV

LES SANCTIONS DES CONDITIONS AU MARIAGE : LES DISPENSES, LES OPPOSITIONS, LES NULLITÉS

§ 1. — *Les Empêchements et leur Dispense*

Les conditions de fond ou de forme que nous avons vues précédemment constituent autant d'empêchements à la célébration du mariage. Mais la loi civile comme la loi religieuse n'admet pas que tous les empêchements soient sanctionnés par la nullité. Elle réserve cet effet aux plus graves que l'on appelle les empêchements dirimants, tandis que les autres portent le nom d'empêchements simplement prohibitifs dont la sanction consiste, dans la loi canonique, en péchés pour le prêtre et les parties, et dans notre Code civil en une amende pénale contre les parties et contre l'officier de l'état-civil. Mais un empêchement ne peut entraîner une sanction quelconque qu'autant qu'une dispense n'a pas été obtenue, soit qu'elle n'ait pas été demandée, soit qu'il était impossible de l'obtenir.

Les dispenses n'ont pas, dans notre droit civil, une

grosse importance. Les empêchements sont peu nombreux et partant peu gênants. Seuls, l'âge, la parenté et l'alliance, les publications et le lieu de célébration du mariage peuvent faire l'objet d'une dispense accordée soit par le Chef de l'Etat, soit par le Procureur de la République. Nos lois ont une fixité presque absolue ; faites pour tous, elles s'imposent à tous, et la dispense n'est qu'un accident très exceptionnel.

La loi ecclésiastique, au contraire, ne présente pas cette même fixité. Sans doute, elle a une portée générale et l'intérêt particulier doit y être subordonné. Mais si, dans un cas particulier, elle se fait trop sévère et si sa portée universelle peut ne pas en subir un préjudice, l'autorité qui l'a établie peut en dispenser, mais dans ce cas particulier seulement, sans que par ailleurs et dans des cas analogues elle perde de sa vertu obligatoire.

Nous nous trouvons donc en présence d'une application subjective de la loi. Ce système peut se concevoir de deux façons différentes : cette application subjective de la loi peut être dévolue au pouvoir judiciaire, les tribunaux seront donc maîtres de son application, mais dans une sphère d'action très limitée. C'est de cette façon que la dispense a vu le jour. Ce n'est pas le système du droit canonique. Cette application de la loi peut encore appartenir au pouvoir exécutif, soit par suite de délégation du pouvoir législatif, soit par suite de la confusion des deux pouvoirs, et c'est le cas du droit canonique.

La notion de dispense va présenter ainsi une ampleur beaucoup plus considérable et, théoriquement, elle est sans limite. En droit canonique, elle est cependant limi-

tée. En effet, en vertu de ce principe que celui-là seul qui établit la loi peut en dispenser, toute obligation ressortissant au droit naturel ou au droit divin ne pourra faire l'objet d'une dispense, car on ne peut anéantir les règles émanant d'une autorité supérieure. La dispense ne pourra donc porter sur le *droit ecclésiastique*.

L'intérêt de la société — ici de la société religieuse — sera un deuxième obstacle à l'extension des dispenses, même des règles du droit ecclésiastique. Enfin, une certaine réglementation pour l'obtention des dispenses sera nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de l'institution et éviter l'extension facile du système. Mais, en vertu du principe qui permet de dispenser, ces mêmes règles peuvent encore faire l'objet d'une dispense dans le cas où elles ne peuvent s'appliquer sans créer un plus grand mal.

La dispense ne s'applique pas seulement aux empêchements au mariage. Elle peut intervenir aussi bien avant qu'après sa célébration. Elle n'appartient qu'au chef suprême de l'Eglise, à celui qui fait la loi, c'est-à-dire au Pape [1]. Le caractère subjectif de la loi de l'Eglise impose enfin l'existence d'une juste cause, mais la nécessité de la réglementation à établir va entraîner une théorie objective de la juste cause.

---

(1) Mais cette règle que le Pape accorde seul les dispenses va faire l'objet d'une dispense elle-même en cas d'urgence et de péril de mort. L'autorité compétente devient alors l'Ordinaire. Si l'on ne peut y recourir, vont pouvoir dispenser : le curé, le prêtre qui célèbre le mariage, le confesseur et même un prêtre quelconque.

Ces causes sont trop curieuses pour que nous les passions sous silence. On les appelle causes canoniques de dispense et sont déterminées par la Curie Romaine [1]. On doit obligatoirement les invoquer, à moins qu'aucune d'entre elles ne s'adapte au cas litigieux. En voici les plus courantes :

1° *L'exiguité du lieu.* — La future épouse ne peut sans difficulté trouver un autre époux d'une telle situation sans quitter le pays.

2° *L'âge avancé de la suppliante.* — Elle a dépassé 24 ans et ne trouvera désormais que difficilement un tel parti !... même en priant Sainte Catherine ! — Pour une veuve on invoquera au contraire sa jeunesse et, par suite, la crainte de l'incontinence.

3° *L'absence ou l'insuffisance de dot de la femme.* — La dispense de l'empêchement qui entrave son mariage va donc lui permettre de ne pas manquer l'occasion qui se présente.

4° *Le bien des enfants.*

5° *Le bien de la paix.* — Le mariage projeté est de nature à apaiser les querelles de famille [2].

6° *Des services éminents rendus à l'Eglise.* — Par exemple, un ascendant a été zouave pontifical [3], etc., etc...

---

(1) Cance. *Op. cit.*, p. 442.

(2) On voit ici réapparaître un des caractères du mariage : semence de charité et d'amour entre les familles.

(3) Fourneret *Op. cit.*, p. 154.

Telle est la théorie si particulière de la « *dispensatio* ».

La loi russe ignore complètement les dispenses. Non pas que la loi y ait une rigidité absolue. Nous avons déjà vu qu'elle ne constitue qu'un cadre extrêmement lâche où va se développer l'activité des tribunaux soviétiques. A cet égard, on pourrait peut-être prétendre qu'une dispense est possible d'une façon générale. Mais il ne s'agirait que d'une application subjective judiciaire de la loi qui ne peut pas s'appliquer au mariage, puisque aucune condition n'est nécessaire pour sa validité. Peut-il y avoir des dispenses pour les empêchements éventuels à l'enregistrement ? Certainement non ; et quelle en serait l'utilité, puisque le mariage non-enregistré produit les mêmes effets ? La difficulté se trouve ainsi très facilement résolue.

---

§ 2. — *Les Oppositions*

Lorsqu'il n'a pas été possible d'obtenir une dispense ou lorsqu'elle n'a pas été demandée volontairement ou par ignorance, quelles vont être les sanctions ?

Qu'il s'agisse d'un empêchement prohibitif ou dirimant, l'opposition va constituer la sanction préventive qui interdira à l'autorité compétente, civile ou religieuse, de procéder à la célébration du mariage.

L'opposition est d'origine essentiellement canonique et vient de la *denonciatio evangelica* de l'ancien droit ;

mais, comme son nom l'indique, elle n'était en somme qu'une simple dénonciation et non une défense de célébrer le mariage. Alors que cette institution primitive allait aboutir, à la suite d'une longue évolution, au système de l'opposition telle que nous la concevons dans notre droit civil, elle est à l'heure actuelle dans le droit canonique très exactement ce qu'elle était à son origine.

En effet, l'opposition n'est que la déclaration d'un empêchement éventuel au mariage faite par une personne parente, amie ou même étrangère, sous peine de faute grave. (Can. 1027.) Cette dénonciation peut être ou non prise en considération par l'autorité à qui elle est faite, suivant qu'elle semble ou ne semble pas fondée. Le curé en est seul juge ; il peut faire une enquête et même soumettre le cas à l'Ordinaire. Mais si le mariage est suspendu provisoirement pour pouvoir accomplir les recherches, c'est l'autorité ecclésiastique seule qui l'aura suspendu.

Tout autre est la véritable opposition, acte juridique, réservée à certaines personnes déterminées, et qui aboutit à un véritable procès en suspendant par la seule intervention de l'opposant la célébration du mariage jusqu'à ce que le tribunal ait statué. C'est celle que connaît notre Code civil.

Mais la dénonciation ou avis officieux, donc l'opposition exactement semblable à celle du droit canonique, faite à l'officier de l'état-civil n'est pas, dans notre droit, dépourvue de tout effet. En pratique, l'officier de l'état-civil, adoptant la conduite du prêtre, s'abstiendra de

célébrer un mariage lorsqu'un empêchement lui sera signalé, même par voie d'avis. Seulement, il fera lui-même la vérification de l'existence de l'empêchement quand celui-ci lui sera ainsi signalé, alors qu'il doit attendre une décision de justice quand il est en présence d'une opposition régulière.

L'opposition proprement dite est donc un acte relativement grave, qui doit être réservé à certaines personnes déterminées.

L'acte d'opposition doit être fait par ministère d'huissier, dans des formes spéciales, et signifié à la fois aux deux futurs époux et à l'officier de l'état-civil qui doit procéder au mariage. A partir de ce moment le mariage ne pourra pas être célébré tant qu'il ne sera pas fait *mainlevée* de l'opposition. La mainlevée peut être volontaire si l'opposant consent à s'en désister ; sinon, elle ne peut qu'être judiciaire, c'est-à-dire qu'elle sera prononcée par le tribunal après que l'époux aura fait la preuve du mal-fondé de l'opposition.

Le droit de former opposition appartient : 1° aux ascendants ; 2° à d'autres personnes, à savoir : le conjoint du futur époux, certains collatéraux, le tuteur ou le curateur et le Procureur de la République.

Entre les mains des ascendants, l'opposition n'était pas seulement le moyen pratique de faire valoir des empêchements légaux. C'était aussi une suprême ressource pour retarder la réalisation du mariage et contraindre ainsi l'enfant à un supplément de réflexion, car l'opposition n'avait pas besoin d'être motivée. La loi du

8 avril 1927 vient encore de détruire cet autre attribut de la puissance paternelle en exigeant, même du père et de la mère, qu'il s'agisse d'un enfant mineur ou majeur, les motifs de l'opposition, c'est-à-dire l'énoncé de l'empêchement qui met obstacle à la célébration du mariage.

Il est assez surprenant que le législateur soviétique ait prévu des oppositions possibles, non pas évidemment à un mariage, mais à son enregistrement.

Lorsque les époux font procéder à l'inscription de leur union sur les registres de l'état-civil, un incident peut naître au cours de cette formalité : un tiers peut opposer un empêchement légal à l'enregistrement du mariage, et le préposé à l'état-civil est alors tenu, aux termes de la loi, « de suspendre l'inscription et d'exiger du déclarant qu'il fournisse les preuves documentaires voulues, dans le délai fixé par le chef de l'organe d'inscription des actes de l'état-civil. » (Art. 135.) C'est une plaisanterie ! Sans doute y a-t-il des empêchements à l'enregistrement, mais pour s'en prévaloir, encore faut-il connaître à quel moment aura lieu cet enregistrement. Or, nous savons qu'aucune publication ou publicité préalable n'est organisée, et comment les tiers peuvent-ils être avertis dans ces conditions d'un enregistrement éventuel ? Remarquons en outre que c'est à l'opposant qu'appartient la preuve de l'existence d'un empêchement et, s'il ne parvient pas à le justifier, il s'expose à une sanction sévère. Enfin, la meilleure des preuves que l'on ne se fait aucune illusion sur la portée de l'article 135, c'est que la loi a prévu une sanction pénale à l'égard des époux lorsqu'ils

font une fausse déclaration en certifiant l'absence de tout empêchement. » (Art. 132 et 133.)

---

§ 3. — *Les Nullités*

La sanction civile *répressive* des règles relatives à la formation du mariage est la nullité de l'union contractée en violation de ces règles lorsqu'elles constituent un empêchement dirimant.

Le nombre des empêchements dirimants et, partant, des cas de nullité, est plus considérable dans le droit canonique que dans le Code civil, et la théorie des nullités présente dans le droit de l'Eglise, comme d'ailleurs sous le régime du Code civil au cours de la longue période de la suppression du divorce, une importance pratique très supérieure à celle qu'elle a dans notre législation séculière actuelle. Dans le premier cas, en effet, elle est utilisée comme un tempérament au principe de l'indissolubilité du mariage, alors que dans une législation qui, comme la nôtre, permet assez largement le divorce, celui-ci est considéré comme une solution plus pratique et moins aléatoire pour rompre le lien conjugal. C'est ce qui explique que le droit soviétique, autorisant le divorce aussi facilement qu'il permet le mariage, n'a pas cru devoir envisager le moindre cas de nullité, et que la jurisprudence de nos tribunaux restreint de plus en plus les cas de nullité ou tout au moins considère de véritables causes de nullité comme des causes de divorce.

Il y a bien entre le divorce et la nullité du mariage cette différence essentielle que le divorce rompt le mariage dans l'avenir, tandis que la déclaration de nullité constate que le mariage n'a pas valablement existé, ce qui l'anéantit même dans le passé. Mais ces deux solutions n'en offrent pas moins cette ressemblance de fait considérable qu'elles rendent l'une et l'autre leur liberté aux époux.

Le rétablissement du divorce dans notre Code civil depuis 1884 a enlevé beaucoup de leur intérêt aux questions de nullité de mariage, alors qu'inversement, dans le domaine de la jurisprudence ecclésiastique, un phénomène inverse se produisait : les époux catholiques ayant divorcé selon la loi civile ne pouvant que tendre à se mettre en règle avec la loi canonique, et ce, pour des considérations religieuses ou même, parfois, simplement mondaines.

A) Les Nullités en Droit Canonique

Le principe de l'indissolubilité du mariage n'a pas été sans influence sur la théorie des nullités telle que l'a conçu le droit canonique. Semblant considérer ici le mariage surtout comme une institution, l'Eglise va donner à toutes les nullités un caractère absolu. Elle ignore les nullités relatives, c'est-à-dire ne rendant qu'annulable et non pas nul le mariage vicié. Le mariage étant indissoluble, ou bien il a été validement contracté et il sera toujours inattaquable, ou bien un empêchement dirimant entachait sa célébration et il n'a jamais été valable et ne

pourra jamais acquérir une certaine validité. La décision du Tribunal ecclésiastique, lorsqu'elle prononcera la nullité, ne fera que détruire une apparence et constatera authentiquement l'inexistence de l'union qui est attaquée. Par une conséquence logique, le droit canonique ne peut donc admettre qu'une confirmation tacite ou expresse puisse intervenir pour valider le mariage, et il n'admet pas davantage qu'une prescription quelconque le rende un jour inattaquable.

En effet, une nullité absolue, en principe, ne se confirme pas et ne disparaît pas par l'effet de la prescription. Mais la faveur de l'Eglise pour le mariage fait brusquement dévier la logique de cette théorie : l'action en nullité n'est ouverte qu'aux seuls époux, et elle ne peut jamais être intentée pour un intérêt pécuniaire, alors que les deux principes opposés auraient semblé devoir être la règle.

Les causes de nullité, nous les connaissons. Elles proviennent soit du consentement — et elles sont nombreuses — soit de toutes les conditions de fond qui sont considérées comme empêchements dirimants [1], soit de certaines conditions de forme. Parmi celles-ci, n'entraînent la nullité du mariage que le défaut de célébration par le prêtre compétent régulièrement requis et l'absence des deux témoins.

L'action peut être directement portée devant le Pape qui confie l'affaire à la Rote. Mais le tribunal de droit commun est celui de l'Officialité. Il com-

(1) Nous avons vu que la religion mixte, l'adoption et le vœu simple étaient seulement des empêchements prohibitifs.

prend trois juges (Can. 1576 § 1) et un magistrat spécial, le défenseur du lien qui doit intervenir dans tous les actes du procès et produire tous les arguments qui militent en faveur de sa validité.

Tous les moyens de preuve sont admis. La procédure est écrite. C'est en somme un véritable procès civil, mais où l'enquête est le moyen ordinaire de la preuve.

Si la nullité du mariage est prononcée, le défenseur du lien doit obligatoirement se pourvoir de cette décision devant le tribunal d'appel, en vertu de ce principe du droit canonique que la nullité d'un mariage ne peut être considérée comme définitive qu'après la décision conforme de deux juridictions [1].

Après les deux jugements concordant et prononçant la nullité du mariage, les deux époux reprennent leur liberté et peuvent se remarier dix jours après le dernier jugement [2]. (Can. 1986-1987.) Mais, chose remarquable, le droit canonique refuse aux jugements l'autorité absolue de la chose jugée. Ce principe perturbateur de toute justice régulière se justifie par cette idée que l'erreur venant à être reconnue, on ne peut contraindre quelqu'un à vivre en état continuel de péché. Ainsi donc, l'un des

---

(1) Le tribunal d'appel est l'Officialité d'un autre diocèse déterminé tous les ans. C'est en somme l'appel circulaire de nos tribunaux révolutionnaires. Le troisième degré de juridiction qui est encore une juridiction d'appel (le droit canonique ignore la cassation) est représenté par le Pape.

De l'Official, jugeant en premier ressort, on peut faire directement appel au Pape — *omiso medio* — et si la cause avait été portée en première instance devant lui, c'est lui qui représente encore les deux autres degrés de juridiction en faisant juger la cause par deux autres congrégations ou par la même congrégation, mais composée de magistrats différents.

(2) La femme n'a aucun délai de viduité à observer. Nous le répétons.

époux s'étant remarié et ayant contracté un légitime mariage aux yeux de l'Eglise, on pourra toujours remettre en question la validité de la première union, et si les tribunaux, saisis à nouveau, reviennent sur leur décision antérieure, les premiers époux devront reprendre la vie commune et le second mariage sera à son tour annulé.

B) Les Nullités dans le Code Civil

Ici encore, notre Code civil n'a pas appliqué au mariage les règles rigides que l'on tire des nullités dans les contrats ordinaires. Toutes les nullités devraient évidemment être absolues puisqu'il s'agit de faire respecter des règles qui ont un caractère d'ordre public, C'est donc par faveur pour le mariage que le législateur n'adopte pas toutes les conséquences de ce caractère et limite dans certains cas à un petit nombre de personnes et quelquefois à un seul des conjoints le droit de demander la nullité ; qu'il n'accorde tantôt qu'un délai très restreint pour intenter l'action ; qu'il admet que certains faits peuvent confirmer tacitement une union qui jusqu'alors pouvait être dissoute.

On distingue traditionnellement deux sortes de nullités : les nullités relatives et les nullités absolues. En règle générale, les premières rendent le mariage seulement annulable, ne peuvent être invoquées que par un nombre très restreint d'intéressés, — souvent un seul ; — peuvent être prescrites pour un laps de temps assez court et aussi confirmées. Les nullités absolues sont, au con-

traire et en principe, imprescriptibles et peuvent être invoquées par toutes personnes intéressées, même par les héritiers et surtout pour un intérêt pécuniaire. On aperçoit déjà une grosse différence avec les principes du droit canonique.

Cette distinction entre les deux sortes de nullités ne va pas être en matière de mariage aussi nettement tranchée. Les principes s'inclinent devant la gravité de leurs conséquences, car déclarer que deux personnes vivant comme mari et femme n'ont pas été mariées en réalité et que, dès lors, leurs enfants sont des bâtards, est évidemment plus fâcheux que d'annuler une vente ou une location.

Les deux nullités relatives du mariage résultent d'un vice du consentement de l'un des époux (erreur ou violence) et du défaut de consentement des parents lorsqu'il était requis.

Seul, l'époux dont le consentement était vicié par l'erreur ou la violence peut se prévaloir de la nullité. (Art. 180.) Il ne peut plus s'en prévaloir lorsqu'il s'est écoulé une cohabitation continue de six mois depuis qu'il a recouvré sa liberté ou que l'erreur a été reconnue. (Art. 181.)

Le mariage annulable pour défaut de consentement des parents ne peut être attaqué que par l'enfant lui-même ou par ceux dont le consentement était requis. L'action doit être intentée par les parents dans le délai d'un an à partir du moment où ils ont eu connaissance du mariage, et l'époux lui-même ne peut plus l'intenter lors-

qu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, après sa majorité. (Art. 183.)

On distingue quatre causes de nullité absolue du mariage : l'impuberté de l'un des époux, la bigamie, l'inceste, et enfin le défaut de publicité ou l'incompétence de l'officier de l'état-civil. Dans ce dernier cas, la nullité du mariage ne sera pas prononcée *de plano,* par cela seul qu'une règle de forme quelconque n'aura pas été observée ou parce qu'il n'aura pas été célébré par l'officier de l'état-civil compétent. L'irrégularité commise ne sera sanctionnée que si elle présente un caractère frauduleux.

Certaines personnes sont admises dans tous les cas, aussi bien du vivant des époux qu'après leur décès, en vertu même d'un simple intérêt moral, à invoquer la nullité du mariage : ce sont les époux eux-mêmes, les père et mère et ascendants, et à défaut le conseil de famille [1].

Les collatéraux et les enfants d'un précédent mariage ne peuvent agir qu'en vertu d'un « intérêt né et actuel », c'est-à-dire pécuniaire, et jamais du vivant des époux. (Art. 187.) [2]

Enfin, le ministère public peut dans tous les cas attaquer la validité d'un mariage, mais seulement du vivant des époux. Sa fonction, en effet, justifie pleinement une intervention qui peut faire cesser une union scandaleuse pour la morale publique.

---

(1) Et le premier conjoint de l'époux bigame en cas de bigamie.

(2) C'est donc le principe opposé à celui du droit canonique. L'intérêt pécuniaire n'est pas toujours exigé quand il s'agit, par exemple, de critiquer la validité d'un mariage pour contester la légitimité d'un enfant.

En dehors des personnes énumérées ci-dessus, si quelques autres intéressés peuvent se prévaloir de la nullité, les cas en sont trop spéciaux pour qu'il soit utile de les mentionner.

Les nullités absolues, on le sait, offrent cette seconde différence essentielle avec les nullités relatives qu'elles ne peuvent, en principe, se couvrir par une ratification ou renonciation ultérieure à l'action en nullité, non plus que par le laps de temps. C'est également le principe du droit canonique. Le Code civil, au contraire, dans l'intérêt de la stabilité des mariages, admet à propos de plusieurs cas de nullité un certain nombre de faits confirmatifs ayant pour conséquence la régularisation du mariage nul.

En ce qui concerne la nullité pour bigamie, en cas de mariage contracté par une personne mariée pendant l'absence de son conjoint, lorsque l'absent vient à décéder, le mariage devient inattaquable.

En cas d'impuberté, nous avons déjà vu que le mariage ne peut plus être annulé lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge requis et même avant l'échéance du délai de six mois lorsque c'est la femme qui n'avait pas l'âge exigé, et lorsqu'elle se trouve en état de grossesse.

Nous avons vu encore que le ministère public perd le droit de demander la nullité si l'un des époux ou tous les deux viennent à mourir avant qu'il ait agi.

En cas d'irrégularité commise dans les formes du mariage, sa nullité peut encore être couverte, *au regard des époux,* par la possession d'état. Or, dans toutes ces

hypothèses, le mariage canonique resterait toujours nul et toujours attaquable.

A côté de ces nullités absolues et relatives, on a tenté d'établir des cas d'*inexistence* du mariage. En effet, si compréhensifs que soient les articles du Code, ils n'ont ni prévu, ni réglé toutes les hypothèses où un mariage ne saurait être considéré comme valable : il y a eu, par exemple, absence totale de consentement ou encore un vice essentiel dans la célébration du mariage (aucun officier de l'état-civil n'est intervenu), ou enfin le mariage a été célébré entre deux personnes n'ayant pas un sexe différent. Aucun texte ne prononçant formellement la nullité dans ces cas, de là est née la théorie de l'inexistence distincte de la nullité proprement dite, en ce que l'annulation n'aurait pas besoin d'être prononcée en justice, toute personne pouvant opposer aux prétendus conjoints l'inexistence de leur mariage [1]. Cette théorie n'a jamais été consacrée.

L'annulation du mariage ne met pas seulement fin au mariage comme le divorce ou la mort d'un époux. Elle l'anéantit même dans le passé puisqu'elle fait que le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé. Les époux seront donc considérés comme ayant vécu en concubinage — dans une fornication permanente, dira le droit canonique — et les enfants seront illégitimes — des bâtards. — Ils seront même adultérins ou incestueux si

(1) Le mot d'inexistence est employé par les canonistes pour caractériser la nullité du mariage. C'est à dessein que nous ne l'avons pas employé étant donné son sens très spécial. La nullité du droit canonique correspond très exactement à notre nullité absolue.

la cause de la nullité est la bigamie ou l'inceste. Conséquences extrêmement dures pour les époux et surtout pour les enfants. Aussi, de bonne heure, le droit canonique avait-il admis à la rigueur des principes un tempérament d'humanité que ne pouvait que consacrer notre Code civil.

Lorsque les deux époux ou l'un d'eux ont été de bonne foi en se mariant, il y a mariage putatif en ce sens que le mariage annulé pour l'avenir est tenu pour valable jusqu'au jour de l'annulation ; dans ce cas, l'annulation produit l'effet du divorce. Mais le bénéfice du mariage putatif ne peut être acquis qu'à l'époux de bonne foi (et aux enfants) si l'autre conjoint n'ignorait pas la cause de la nullité. Il faut et il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'échange des consentements. Peu importe que plus tard la nullité soit découverte, le bénéfice du mariage putatif n'en sera pas moins maintenu. Mais ceci dans notre droit seulement, car la législation canonique refuse les avantages du mariage putatif à partir du moment où les deux époux ont eu connaissance de l'invalidité de leur union qui redevient alors un simple concubinage.

C'est la seule différence que l'on peut noter ici entre les deux législations.

DEUXIÈME PARTIE

Les Effets du Mariage

CHAPITRE PREMIER

LES EFFETS DU MARIAGE EN DROIT CANONIQUE

L'Eglise distingue traditionnellement les effets purement civils du mariage et ses effets naturels ou religieux. Ces derniers résultent directement du lien du mariage et ne peuvent en être séparés puisque le caractère sacré de l'un détermine le caractère sacré des autres. Conséquence que nous connaissons : la puissance religieuse est seule compétente pour en connaître, et elle n'abandonne au pouvoir civil que les seuls effets civils du mariage. (Can. 1016.)

Le Code, en posant ce principe, aurait dû le délimiter dans ses applications. Il n'en est rien, et les rares effets qu'il mentionne sont trop restreints pour que l'on puisse prétendre que l'Eglise limite sa compétence à ces seules matières. Le silence du Code s'explique par le caractère actuel de la législation canonique. Ainsi réduite à n'être qu'une juridiction disciplinaire et facultative, l'Eglise ne peut sanctionner au *for externe* tous les effets du mariage. Ceux-ci, au contraire, se traduisent toujours en péchés et relèvent dès lors du tribunal de la pénitence.

Les effets du mariage vont cesser de faire partie du droit pour rentrer presque exclusivement dans la théologie morale. C'est là que nous les trouvons. Ils procèdent tous des Livres Saints, des Evangiles, de la Genèse, et nul mieux que Saint Paul ne les a formulés dans son épître aux Ephésiens et dans sa première épître aux Corinthiens.

Ces effets du mariage, l'Eglise les a déterminés avec une précision minutieuse et souvent avec cette innocente impudeur si caractéristique de sa loi. Elle peut, d'ailleurs, se permettre de les prévoir tous et de les réglementer. Ils sont davantage des devoirs moraux plutôt que de véritables obligations juridiques et ressortissent par conséquent beaucoup plus du domaine d'une religion que d'une législation. Comment un Code civil pourrait-il intervenir partout et toujours dans les nombreux rapports de deux époux au foyer domestique ? En admettant même que cela soit possible, on conçoit mal qu'un mari vienne à grand renfort d'avocat et d'avoué demander à un tribunal de contraindre sa femme à dédaigner un peu les soucis de sa toilette ! Au contraire, quel moyen incomparablement souple et efficace possède l'Eglise, au tribunal de la pénitence ! Là, en toute discrétion, le chrétien rendra compte de la façon dont il exécute les obligations qu'il a contractées le jour où il montait à l'autel. Voilà pourquoi l'Eglise va pouvoir exiger jusqu'au dévouement et au sacrifice, alors que de tels termes seraient ridicules dans notre droit.

SECTION I

Des Effets du Mariage a l'égard des Époux

« L'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse. Et ils seront deux dans une seule chair. »

C'est de cette parole que vont découler presque tous les effets du mariage.

Etant un sacrement il confère la grâce. (Can. 1110.)

Il émancipe les époux qui quitteront leur père et leur mère et, par conséquent, sortiront de leur puissance et de leur autorité. Pour fonder un foyer distinct, ils doivent être indépendants.

Etant libres, ils seront ainsi plus librement l'un à l'autre. La communauté la plus intime doit s'établir entre eux puisqu'ils ne constituent qu'une seule chair. Cette association de tout leur cœur, de tout leur corps et de leurs intérêts sera, selon la définition de Modestin, un « *consortium omnis vitæ* ». Et il y a un point sur lequel il faut insister : cette association si profonde, suppose la communauté d'intérêts. Sans doute l'Eglise abandonne-t-elle à la législation civile la réglementation des régimes matrimoniaux. Si elle abdique ainsi toute réglementation propre, il n'en reste pas moins que la notion du mariage en droit canonique s'oppose à tout régime de séparation de biens. Intérêts séparés, patrimoines à part, il y a là quelque chose d'inconciliable avec cette

unité que doivent former les époux. Parmi les rites du mariage, il en est un qui consistait à bénir une pièce de monnaie au moment de sa célébration : symbole de la communauté de biens qui allait s'établir entre époux [1]. Ce symbole, aujourd'hui tombé en désuétude, se traduisait par cet adage : « Les époux sont uns et communs en biens. » Se peut-il que l'Eglise ait perdu le souvenir de cette si belle tradition ?

---

§ 1. — *Des Devoirs communs entre Époux*

Le devoir de cohabitation

« C'est une obligation grave pour les époux de garder la vie commune. » (Can. 1128.)

Seule la séparation de corps peut les en dispenser. Cette obligation est rendue nécessaire par les fins du mariage qui seraient, en cas contraire, imparfaitement remplies, et elle correspond de plus aux aspirations les plus naturelles des époux. Le droit canonique parle même de la « *communio tori et mensæ.* » [2] Cette exigence nous semble devoir être prise à la lettre à moins qu'un motif légitime ne vienne s'y opposer.

Les devoirs de secours, assistance et amour

Le canon 1013 les résume en deux mots : « *Mutuum adjutorium.* »

---

(1) Lefebvre. *Op. cit.*, p. 208.
(2) Titre de la séparation de corps, *a contrario.*

Devoir de secours qui se traduit dans l'obligation pour chacun des époux d'apporter à l'autre l'aide pécuniaire indispensable pour son existence et pour l'éducation des enfants. Devoir d'assistance qui consiste dans les soins éventuellement nécessaires et dans l'aide morale que peuvent rendre utiles les vicissitudes de la vie. Le devoir de secours est une obligation de donner, le devoir d'assistance une obligation de faire.

L'amour conjugal les résume en les développant. Il ne faudrait pas croire qu'il s'agisse de ce sentiment violent, passionné, unique, de « ce moment solennel où l'être atteint le sommet de sa vie ». Non, un tel amour l'Eglise le dédaigne, car sa violence exclut par là même sa durée. L'amour conjugal sera ce sentiment raisonnable plein de charité, de confiance, d'estime et de respect, et qui conduira les époux non seulement à ces concessions mutuelles indispensables, mais encore jusqu'au dévouement et jusqu'au sacrifice.

« Maris, disait Saint Paul, *chérissez* vos épouses comme le Christ a aimé l'Eglise. » A une telle tendresse, la femme doit répondre par une affection au moins aussi grande et mêlée de respect : « Comme l'Eglise pour le Christ. »

Le devoir conjugal

L'Eglise l'impose délibérément en voyant surtout dans le mariage l'union naturelle de l'homme et de la femme.

Le *debitum conjugale* est indispensable pour assurer les fins du mariage : la procréation des enfants et le

remède à la concupiscence. D'ailleurs, le consentement au mariage n'est-il pas « l'acte par lequel chaque époux transfert à son conjoint et accepte de lui un droit perpétuel et exclusif aux actes nécessaires à la procréation ? » (CAN. 1081 § 2.)

Le devoir conjugal n'est par conséquent que l'exercice des droit que les époux ont acquis et abandonné volontairement. Aussi « à chacun des époux, dès le commencement [1] du mariage, appartient un droit et des devoirs égaux en ce qui concerne les actes propres à la vie conjugale. » (CAN. 1111.)

« La femme n'a donc plus puissance sur son propre corps, mais le mari ; et de même le mari n'a pas puissance sur son propre corps, mais la femme. — Que le mari rende donc à sa femme ce qu'il lui doit et que la femme agisse de même à l'égard de son mari. » [2] Saint Ambroise parlera d'un « véritable état de servitude. »

En tout cas, c'est un droit — *jus* — et dans l'ancien droit canonique l'époux non satisfait pouvait poursuivre en justice l'époux récalcitrant et le faire condamner à la prestation.

De nos jours, l'Eglise ne va pas jusque-là, mais le refus du devoir conjugal constitue l'époux qui s'y oppose en état de péché mortel. Il sera donc sanctionné au tri-

---

(1) Ce terme met fin à une controverse sur le moment à partir duquel l'obligation existait. Prenait-elle naissance avec la célébration du mariage, ou au contraire n'existait-elle qu'à partir du moment où la *copula* était intervenue ? « Le *primus coïtus*, disait-on, étant purement volontaire et gratuit. ». — ESMEIN. *Op. cit.*, II, p. 11.

(2) Saint PAUL, *Epître aux Corinthiens.*

bunal de la pénitence. Bien mieux, le confesseur peut et doit même l'ordonner lorsqu'il prévoit que l'abstention volontaire des époux peut entraîner pour eux un danger quelconque.

Les relations conjugales ne doivent évidemment viser que la naissance des enfants, et par là le remède à la concupiscence se trouve suffisamment assuré [1].

A ce propos, il semble bien que l'Eglise ait fait quelques concessions à ce principe. Strictement, dès que la conception est certaine ou encore si l'intention ou le secret espoir de ne pas avoir d'enfant domine les relations conjugales, l'exercice du *debitum conjugale* doit constituer une fornication. Il est bien certain que telle est la pensée des Pères de l'Eglise.

Aujourd'hui, n'est jamais en état de péché celui qui désire ne pas avoir d'enfant. La fornication entre époux ne peut résulter que de l'emploi d'un moyen *contre nature* en vue d'éviter la conception. Le principe est bien simple. Il doit être pris à la lettre. Nous nous dispensons d'en tirer les applications.

---

(1) Geneviève SERRIER. *Op. cit.*, p. 39 : « C'est à ce sujet qu'un Père de l'Eglise, Athénagore, fait cette jolie comparaison : En exhortant les hommes à la modération, il les invite à suivre l'exemple du cultivateur qui, après avoir confié à la terre la semence dont il escompte la récolte future, ne gaspille pas ce qui lui reste en la jetant inutilement. »

Le devoir de fidélité

Si les époux ont le devoir de se donner l'un à l'autre, ils ont aussi le devoir de ne se donner à nul autre [1].

Devoir très grave. L'époux qui ne l'observe pas devient adultère et viole la « *fides* » qu'il a jurée à son conjoint. L'Eglise est extrêmement sévère pour cette infraction. Elle la qualifie crime, mais ne va pas jusqu'à le sanctionner de la peine de mort. Nous verrons qu'il constitue la cause la plus grave de la séparation de corps.

« L'adultère, dira Saint Ambroise, est une injure à la nature, c'est un *crime* qui profane les lois du mariage et anéantit la pudeur de l'épouse. »

« Quiconque arrête sur une femme des regards de concupiscence a déjà commis l'adultère dans son cœur », dit Saint Matthieu.

« Que le mariage soit honoré et le lit conjugal sans tache, car, fornicateur et adultère, c'est Dieu qui vous jugera. » [2]

Les deux époux sont astreints à ce même devoir, l'homme ne jouit d'aucun privilège. L'Eglise fut la pre-

---

(1) En effet, puisque chacun des époux perd, en se mariant, tous droits sur son propre corps et transfert ces droits à l'autre conjoint, si l'un d'eux vient à disposer de ces droits qui ne lui appartiennent plus, on peut dire qu'il y a là une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, donc un vol !

(2) Saint Paul, *Epître aux Corinthiens*. — Faut-il citer encore ces paroles : « La femme adultère... qui a donné à son mari un héritier d'une union étrangère... sera amenée devant l'Assemblée et le châtiment visitera ses enfants. Ceux-ci ne pousseront point de racines et ses branches ne porteront pas de fruits. »
Celui qui la tient « est semblable à celui qui a saisi un scorpion. » — *Ecclesias*, chap. 23, v. 22 et sq.

mière à proclamer en cette matière l'égalité des époux. Mais il est incontestable que l'adultère du mari est un acte moins grave car il ne cause aucun tort à son foyer.

§ 2. — *Les Devoirs propres des Époux*

L'article 213 de notre Code civil nous paraît résumer parfaitement le point de vue du droit canonique. « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. » L'homme est le chef de la femme et la femme doit être soumise à son mari en toutes choses [1].

Ainsi donc, cette fameuse puissance maritale, cette bastille du féminisme semble, en droit canonique, plus inébranlable que partout ailleurs.

L'association de l'homme et de la femme, noyau initial de cette grande cellule que va constituer la famille, suppose nécessairement l'existence d'un chef qui doit supporter les responsabilités de sa charge et remplir un rôle de protection.

Or, l'homme est tout désigné pour remplir ce rôle. L'homme, en effet, est d'un « sexe plus noble. » [2] Sa constitution physique le dispose plus particulièrement pour son rôle de chef. Mais aussi sa raison. La femme, au contraire, jouit d'une infériorité et d'une infériorité de *nature* qui résulte tout d'abord de sa constitution physique. Cette constitution, si elle est adaptée au rôle d'une mère, la place dans une situation manifestement

(1) *Caput mulieris.* — « *Subditæ sint in omnibus.* » Saint Paul, *Epître aux Ephésiens.*

(2) « *Dignior persona* », dit Saint Paul.

inférieure à celle de l'homme et lui interdit l'activité nécessaire au rôle d'un chef. L'infériorité de la femme résulte encore de sa faiblesse morale qui n'est que la conséquence d'ailleurs de sa constitution physique. La femme, et surtout la femme coquette et élégante, est une créature de péché, un être dangereux. Son charme pervertit l'homme qui, sans elle, vivrait comme un saint [1]. On voit en somme chez la femme une présomption d'impureté. Ses sens ont chez elle une emprise trop considérable et arrivent très facilement à détruire toute raison. L'homme est chrétien parce que son esprit l'y conduit. Dieu n'est pas pour lui cet Etre de mystère et des contes de fées, cet Etre de l'imagination devant lequel s'exalte la femme et qui provoque chez elle cette sorte de mysticisme qui la fait frémir comme elle frémit au son de l'orgue et auquel elle s'abandonne tout aussi facilement d'ailleurs qu'elle s'abandonnera demain dans l'étreinte de sa passion. La sensibilité frémissante de la femme fait chavirer son pauvre cœur là où la raison de l'homme arrivera à peine à chanceler.

Les preuves de cette infériorité de la femme se retrouvent à chaque pas. Il suffit de parcourir le Code de droit canonique pour constater cette préoccupation constante du législateur ecclésiastique de s'assurer de la liberté du consentement de la femme. Il suffit de se rappeler que parmi les rites du mariage, seul l'anneau de la femme est béni, et cela pour lui assurer une plus grande fidélité.

---

(1) « Détourne les yeux de la femme élégante, de peur que la passion ne s'y allume comme un feu. » *Ecclesias.*

C'est donc que l'on en doute. Il suffit de parcourir certains passages de la Genèse et de l'Ancien Testament et de constater encore que dans toutes les cérémonies religieuses l'homme occupe la place d'honneur [1].

Infériorité de nature de la femme et dignité plus grande de l'homme, telles sont les raisons qui nécessitent la puissance maritale et « la soumission empressée de la femme ainsi que son obéissance spontanée. » [2]

Il y a bien là, quoi qu'on en dise, et l'infériorité de nature de la femme l'implique, la subordination de l'éternelle mineure. Mais cette subordination est faite pour protéger et non pour en tirer profit. Cette suprématie de l'homme lui impose plus de sacrifices que d'avantages, elle n'est pas faite dans l'intérêt de celui qui l'exerce, mais dans l'intérêt de celui qui la subit. Les droits reconnus à l'époux ne lui sont donnés que pour exercer ses devoirs, et notamment ses devoirs de protecteur. Il est l'autorité responsable qui doit en répondre. Est-ce à dire que la subordination de la femme soit absolue ? La comparaison célèbre entre le mariage et l'union du Christ et de son Eglise nous en donne la mesure : l'homme étant l'image du Christ et la femme celle de l'Eglise, « la charité divine ne devra jamais cesser d'être la régulatrice de leurs relations respectives. » [3] « Maris, chérissez vos épouses comme le Christ a aimé l'Eglise... Celui qui aime sa femme la nourrit et l'entoure de soins comme

---

(1) Sans parler encore de cette pratique des « relevailles », par exemple.

(2) Encyclique *Casti Connubii*, 31 décembre 1930, p. 14.

(3) Encyclique *Arcanum Divinæ*, 10 février 1880.

fait le Christ pour l'Eglise. » C'est donc une autorité toute de sagesse, toute d'indulgence et remplie d'affection.

Il n'y a qu'un malheur, c'est que les abus d'autorité restent toujours possibles, car l'homme, image du Christ, peut quelquefois ne pas agir comme son Illustre Modèle. Il n'est pas douteux que la soumission de la femme reste toujours exigée. Et l'Eglise mettra en œuvre les moyens de coercition dont elle dispose et qui seront peut-être susceptibles de contraindre le seigneur tout-puissant à observer une plus juste compréhension de ses devoirs.

Dans cette soumission d'ailleurs, la femme ne perd ni sa personnalité, ni sa dignité. Elle a une sphère qui lui est propre, c'est son foyer, ce sont ses enfants. Là, elle retrouve non seulement l'égalité la plus complète, mais la supériorité que lui donne précisément sa nature. Elle a les mêmes droits que son mari sur ses enfants, elle a les mêmes prérogatives que lui dans la conduite de l'économie commune, mais elle reste encore soumise, en cas de désaccord, à l'approbation du chef de famille. Tel est « l'ordre essentiel de la société domestique... ordre institué par une autorité plus haute que l'autorité humaine, par l'autorité et la sagesse divine, et ni les lois de l'Etat, ni le bon plaisir des particuliers ne sauraient le modifier. » [1]

---

(1) Encyclique *Casti Connubii*, p. 35.

« La femme fera son salut en mettant au monde des enfants. » Son rôle est donc d'être femme et d'être mère, et elle dégénère en le dédaignant. Elle n'est nullement une vassale, mais une égale, elle participe au rang et à la dignité de son mari, mais elle doit se soumettre à sa volonté éclairée par la religion. Voilà la conception de la législation canonique. Nous y reviendrons.

SECTION II

Les Effets du Mariage a l'égard des Enfants

§ 1. — *La Filiation*

Du mariage naissent les enfants légitimes. La filiation est le lien immédiat qui unit l'enfant à son père et à sa mère. Comment peut-elle être établie ?

Le droit canonique déclare légitimes les enfants conçus *ou* nés pendant le mariage. Trois hypothèses peuvent donc être envisagées : l'enfant a été conçu et est né pendant le mariage, ou bien il a été conçu pendant et est né après le mariage, ou bien il a été conçu avant et est né pendant le mariage. (Can. 1114.)

Mais pour que l'enfant puisse se prévaloir de la qualité d'enfant légitime s'il se trouve dans l'un de ces trois cas, il faut supposer bien entendu que sont établies et la maternité, c'est-à-dire que telle femme est sa mère, et la paternité, c'est-à-dire que tel homme est son père, et enfin le mariage de ces deux personnes, soit au moment de sa conception, soit au moment de sa naissance.

Le droit canonique n'a pas prévu, nous le savons, de preuve spéciale du mariage, il ne prévoit pas davantage de preuve particulière pour la maternité. L'une et l'autre

sont des actes tangibles et toujours entourés de témoins, donc d'une certaine publicité, et dont la preuve normale sera l'acte de mariage ou l'acte de naissance.

Seule la preuve de la paternité offre quelques difficultés. On en sait la raison. Selon l'expression consacrée, elle reste toujours le secret de l'alcôve. On ne peut donc que la présumer. Etant données les obligations très strictes du droit canonique, devoir de cohabitation, devoir conjugal, devoir de fidélité, on peut présumer que les époux, et plus spécialement la femme, les ont observées, et l'on peut en déduire que le père de l'enfant est le mari de la mère. (Can. 1115 § 1.) Ce qui revient à dire que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.

Cette présomption n'est pas absolue, ce n'est, en somme, qu'un principe dont le contraire peut être établi « par des arguments évidents. » (Can. 1115 § 1, *in fine*.) Mais une autre présomption va *renforcer* la première présomption de paternité du mari : « Sont présumés légitimes les enfants nés au moins six mois depuis le mariage et pendant les dix mois qui suivent sa dissolution. » (Can. 1115 § 2.) La loi, adoptant la solution de notre Code civil, fixe donc à 180 jours et à 300 jours les durées minima et maxima de la grossesse chez la femme. Ce qui détermine par conséquent la nature de la filiation, ce n'est pas le moment de la naissance, mais celui de la conception. En se plaçant au jour de la naissance et en se reportant à la période comprise entre le 300e et le 180e jour avant cette naissance, si à un moment quelconque de ces 121 jours la mère de l'enfant était mariée, la pater-

nité est établie et la filiation légitime de l'enfant est prouvée.

On voit ici que l'enfant né le 180e jour après la célébration du mariage et le 300e jour depuis sa dissolution sera légitime. L'enfant né moins de 180 jours après la célébration n'est pas légitime mais légitimé [1]. Enfin l'enfant né après le 300e jour depuis la dissolution du mariage est naturel.

Quelle est la portée de cette présomption des six et dix mois ? Est-elle absolue en ce sens que lorsqu'elle sera réalisée, aucune preuve contraire de non-paternité et partant de non-légitimité même évidente ne saurait être admise ?

Le Code ne le précise pas. Faut-il lui étendre la possibilité prévue par le canon 1115 § 1 d'admettre la preuve contraire lorsqu'elle résulte d'arguments évidents ? N'est-ce pas la rendre trop fragile et même complètement inutile ? Nous croyons cependant que c'est cette hypothèse qu'il faut adopter, ou plus exactement à la première présomption que l'enfant né ou conçu pendant le mariage a pour père le mari (Can. 1115 § 1) vient s'ajouter une seconde présomption qui la renforce en la rendant encore plus vraisemblable, mais qui ne limite nullement le désavœu, soumettant seulement celui-ci à la nécessité de très fortes présomptions.

Nous verrons que, dans ces conditions, la paternité et la légitimité se trouvent en droit canonique moins solide-

---

(1) Can. 1114 : « A moins qu'au moment de la conception le mariage ait été impossible par suite d'un empêchement d'ordre ou de vœux solennels. »

ment établies que dans notre droit. En réalité, l'intérêt qui s'y attache n'est pas considérable pour le droit canonique, car nous nous trouvons là dans le domaine du for externe, extrêmement restreint par conséquent, étant donné, nous le répétons, le caractère facultatif et disciplinaire de la législation canonique. La filiation devant produire surtout des effets civils aux yeux de l'Eglise, les effets qui restent du domaine de la religion seront suffisamment assurés au for interne.

La Loi reproduit assez maladroitement et sans se les être assimilées les dispositions de notre Code civil qui sont celles des législations modernes. Il y a là une légèreté du législateur ecclésiastique qui s'explique par le peu d'intérêt qu'il y a attaché.

---

§ 2. — *La Puissance Paternelle.*
Des Droits et des Devoirs des Parents et des Enfants

La puissance paternelle, comme la puissance maritale, n'est donnée à celui qui l'exerce que dans l'intérêt de celui qui la subit. Elle doit toujours être guidée par le bien de l'enfant, et nous osons à peine dire qu'elle constitue un despotisme éclairé très atténué.

L'enfant doit évidemment honneur, obéissance et respect à ses père et mère et autres ascendants, devoirs qui découlent du quatrième commandement. Mais son obéissance, sa soumission ne lui sont prescrites que pour permettre à ses parents de remplir les lourdes charges, les graves obligations qu'ils ont à son égard. La puissance

paternelle ne contient donc pas la moindre prérogative, elle n'est qu'une source de devoirs.

Elle est exercée en principe par les deux parents. Le père et la mère jouissent à cet égard de la même autorité et des mêmes devoirs. Le rôle de la femme, dans l'éducation de l'enfant, est exalté par l'Eglise. Elever ses enfants, en faire de bons catholiques et de bons citoyens, voilà son véritable rôle ; c'est là que ses besoins naturels d'affection et de dévouement vont trouver leur plus complète expression. C'est l'éducation maternelle, plus que l'éducation du père, qui va laisser au cœur des hommes une empreinte si profonde qu'elle décidera du sort de leur vie et peut-être de leur mort. L'Eglise l'a bien compris et, dans ce domaine, elle fait confiance à l'épouse qui va ainsi racheter la perversion qu'elle entraîne pour l'homme. Elle a deux rôles dans la vie : être femme et être mère ; ceci compensera cela.

Mais, bien entendu, la femme dans l'exercice de ses droits reste soumise au contrôle du mari et, en cas de désaccord, elle doit subir son autorité.

« Les parents doivent pourvoir à l'éducation morale, physique, civique de leurs enfants, et aussi à leur bien-être temporel selon leurs facultés et leur état. » (Can. 1113), ce qui suppose le droit de garde, avec son corollaire le droit de revendiquer l'enfant, le droit d'administration des biens qu'il peut avoir (mais non pas un droit de jouissance sur les revenus de ses biens), et enfin le droit de correction dans les limites où il est nécessaire pour la bonne éducation de l'enfant. Ils sont, en outre, tenus d'une obligation plus grave, celle de pourvoir à l'éduca-

tion religieuse de leurs enfants. Cette éducation religieuse est primordiale pour l'Eglise, nous verrons pourquoi. S'y rattache directement la question particulièrement brûlante de l'école chrétienne. « Les enfants catholiques ne doivent *jamais* fréquenter une école acatholique, *neutre* ou *mixte*. » (Can. 1374.) C'est donc l'obligation absolue pour les parents d'envoyer leurs enfants à l'école chrétienne. Si l'on souffre des exceptions, il ne faut y voir qu'une mesure de grande bienveillance et une extrême tolérance qui devrait être refusée. Cette exigence d'*une loi* montre avec évidence que l'idéal qu'il faudrait atteindre serait le monopole de l'enseignement catholique. La question divise d'ailleurs le clergé lui-même, dont certains membres, ni démocrates, ni démocratiques, mais seulement opportunistes, se montrent partisans d'une certaine tolérance. Il n'en reste pas moins que lorsqu'ils semblent admettre, se défendant de la combattre, l'école réellement neutre, ils sont en contradiction avec la loi de l'Eglise et on peut les rappeler à un peu plus d'orthodoxie.

Cette exigence de l'Eglise est tellement logique! Si les parents ne trouvent dans leur puissance que des droits limités par les devoirs qu'ils ont à remplir, si l'Apôtre leur recommande de n' « élever les enfants qu'en les corrigeant et en les redressant selon le Seigneur » [1], c'est que l'enfant est un « don de Dieu », en vue d'une fin : Dieu lui-même. « Ces enfants, reçus de la main de Dieu,

(1) Saint Paul, Epître aux Ephésiens.

les époux les regarderont comme un talent qui ne doit pas être utilisé dans leur propre intérêt, ni dans le seul intérêt terrestre de la société, mais qui devra, au jour du Jugement, être restitué à Dieu avec le fruit qu'il aura dû produire. » [1] L'enfant appartient donc à Dieu et ce n'est que par délégation « qu'ils ont reçu de lui le droit et la charge de son éducation. » [2] Cette conception explique l'entière liberté laissée à l'enfant quant à ses intérêts spirituels et son affranchissement certain pour accéder aux sacrements et en particulier pour contracter mariage. Cela explique encore jusqu'à un certain point, puisque l'enfant n'appartient pas exclusivement à ses parents, qu'il jouisse d'une certaine liberté même quant à ses intérêts temporels, au sein de sa famille, puisque celle-ci ne doit avoir en vue que l'intérêt de l'enfant. L'enfant, lorsque cette puissance paternelle lui paraît dévier du but qui lui est assigné, ne possède-t-il même pas un certain droit de remontrance ? [3]

Enfin, outre le droit que possède l'Eglise dans l'éducation de l'enfant, elle a aussi un droit de regard et de surveillance sur celui-ci. On ne peut donc s'étonner de la multiplicité des œuvres de jeunesse que l'Eglise semble

---

(1) Encyclique *Casti Connubii*, p. 10.

(2) *Idem*.

(3) En effet, si les enfants ont à remplir envers leurs parents tous les devoirs de la piété filiale, cela n'empêche pas qu'ils ont parfois, non seulement le droit, mais le devoir, de faire à leurs parents, quand ceux-ci agissent mal, des représentations et des remontrances respectueuses. C'est l'application, dans ce cas particulier, de ce qu'on appelle la « correction fraternelle ».

Cette matière étant du domaine de la théologie, nous nous bornons donc à ce bref aperçu. Il nous montre un caractère de plus de la législation canonique. Nous le retrouverons dans la loi des Soviets.

multiplier à l'envi. Il n'y à là que l'exercice normal d'une prérogative qu'elle prétend lui appartenir.

En résumé, « les exigences de la nature et l'ordre divin » imposent que les droits et les devoirs de l'éducation de l'enfant « reviennent tout d'abord » aux parents. Tout d'abord, mais non exclusivement. L'intérêt et la fin de l'enfant doivent diriger cette éducation, et l'Eglise doit la contrôler en y apportant son appui. Bien mieux, elle estime qu'elle peut seule diriger son instruction, et il ne faut pas hésiter à croire que le rôle de la famille pourrait n'être que secondaire lorsqu'elle ne présente pas à ses yeux toutes les garanties qu'elle croit nécessaire d'en exiger. Nous voyons difficilement l'influence que peut, dès lors, exercer le père ou la mère de famille sur un enfant élevé à l'école chrétiénne, souvent pensionnaire, et embrigadé pendant ses heures de liberté dans une association quelconque, dont le moindre défaut est de faire de l'enfant un étranger pour ses parents et réciproquement et dont le grave péril est de le faire sortir de sa famille. Sans doute l'Eglise peut mieux ainsi marquer son emprise sur le futur citoyen et la future mère de famille ; mais, qu'elle le veuille ou non, elle reconnaît ainsi la faillite de cette famille. Nous croyons qu'elle reconnaîtra un jour la faillite de cette nouvelle éducation.

Le point de vue de la loi soviétique est absolument semblable. Il n'y aura pas lieu de nous en étonner puisque la loi de l'Eglise en constitue un précédent.

CHAPITRE II

LES EFFETS DU MARIAGE DANS LE CODE CIVIL

SECTION I

DES EFFETS DU MARIAGE A L'ÉGARD DES ÉPOUX

---

§ 1. — *Des Devoirs communs entre Époux*

Le devoir de cohabitation

« La femme est obligée d'habiter avec le mari... le mari est obligé de la recevoir. » C'est en ces termes que l'article 214 du Code civil prescrit la cohabitation commune entre les époux.

Ce devoir de cohabitation dure aussi longtemps que le mariage et ne prend fin que par la mort, le divorce ou la séparation de corps. Sa non-exécution constitue en premier lieu une injure grave et, partant, une cause de divorce ou de séparation. L'abandon de l'un des époux par l'autre peut donner lieu, à l'encontre de ce dernier, à une condamnation à des dommages-intérêts, même fondée sur un simple préjudice moral, et dus en vertu du principe de la responsabilité délictuelle prévue par l'article

1382 du Code civil. La femme qui abandonne le domicile conjugal sans raisons justifiées peut se voir refuser toute pension alimentaire de la part du mari et, au cas où elle disposerait de revenus personnels, il peut faire saisir ces revenus pour la contraindre à assurer son devoir de cohabitation. Enfin, une jurisprudence constante permet d'employer le procédé de l'astreinte pour vaincre la mauvaise volonté de l'époux récalcitrant. Cette solution est préférable au procédé plus énergique et plus brutal de l'emploi de la force publique, moyen presque tombé en désuétude et un peu ridicule...

Tous ces moyens de coercition d'ailleurs, présentent le grand inconvénient de n'être que théoriques, car, pratiquement, l'abandon de l'un des époux par l'autre prouve suffisamment que la reprise de la vie commune est bien aléatoire.

Le devoir de secours

Le devoir de secours consiste, de la part de chacun des époux, à fournir à l'autre tout ce dont il a besoin pour vivre « selon ses facultés et son état. » (Art. 214.)

Le devoir de secours n'est pas le seul effet que produise le mariage relativement au patrimoine des époux ; il en est un autre qui consiste dans l'établissement d'un régime matrimonial. Normalement, les deux époux, tenus également de cohabiter, font ménage commun. Normalement, le régime de leur patrimoine est celui de la communauté sous lequel ils vivront, à défaut d'un contrat

de mariage venant en modifier les règles ou le répudiant complètement. Or, sous ce régime, qui est le fruit d'une longue tradition et qui répondait à la conception du mariage que l'on avait au moins jusqu'à ces dernières années, le mari a la disposition des revenus des biens propres et des biens communs. Il en résulte que le devoir de secours affecte, en pratique, un caractère unilatéral et l'on a pu dire que la femme était en pension chez son mari. La loi du 13 juillet 1907, dans son article 13, est venue contraindre jusqu'à un certain point le mari à s'acquitter de ses obligations, en même temps qu'elle portait atteinte à sa toute-puissance sur le patrimoine de l'épouse. Cette loi permet, en effet, à chacun des époux de procéder à une saisie-arrêt des revenus du travail de l'autre, dans la mesure où l'exigent les besoins du ménage. La loi du 7 février 1924, modifiée par la loi du 1er avril 1928, est venue accentuer la garantie du créancier d'aliments en créant le délit pénal d'abandon de famille.

Aux termes de cette loi, quiconque ayant été condamné à fournir une pension alimentaire en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement (ou en vertu de l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907) est demeuré *volontairement* plus de trois mois sans acquitter les termes de cette pension, peut encourir une condamnation à une peine de trois mois à un an d'emprisonnement ou à une amende de cent à deux mille francs. La privation des droits civiques et la déchéance de la puissance paternelle pourra, en outre, être prononcée.

Il est à peine utile de remarquer que ces lois, celle du 13 juillet 1907 et surtout celle du 7 février 1924, ont apporté à la femme — car c'est elle qui aura le plus souvent à les invoquer — une protection qui est loin d'être illusoire puisqu'une condamnation correctionnelle assez grave pourra intervenir contre l'époux récalcitrant.

Comme tous les devoirs nés du mariage, le devoir de secours est encore garanti par cette autre sanction : le divorce ou la séparation. La non-exécution du devoir de secours constitue, en effet, une injure grave à la charge du défaillant.

Le devoir d'assistance

Ce devoir consiste dans l'obligation pour chaque conjoint de donner des soins au conjoint malade ou infirme et de supporter les inconvénients de sa maladie [1]. Nous avons remarqué qu'il y avait là une obligation de faire et non de donner. Son manquement donnerait lieu à une demande en séparation ou au divorce, et il est à supposer que les tribunaux prononceraient une condamnation à des dommages-intérêts ou emploieraient le procédé de l'astreinte si le cas leur était éventuellement soumis.

Le devoir de fidélité

« Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance », dit l'article 212 du Code civil. Le devoir

(1) C'est en vertu de ce devoir que la folie n'est pas une cause de divorce.

de fidélité n'est pas seulement imposé par la loi morale, mais c'est une obligation juridique établie pour l'homme comme pour la femme. La violation de cette règle constitue l'adultère, qui est, non pas un crime, mais un délit dans notre loi.

Au point de vue civil, la gravité de l'infraction est la même. Quelles que soient les circonstances qui l'entourent, l'adultère est une cause de divorce ou de séparation pour l'homme comme pour la femme. (Art. 229 et 230 du Code civil.) Une indemnité basée sur l'art. 1382 du Code civil peut également intervenir contre l'époux coupable. La cessation des relations adultères peut également être ordonnée sous la menace d'une astreinte [1].

L'adultère est, en outre, sévèrement sanctionné au point de vue pénal, selon le bon vouloir d'ailleurs de l'époux lésé, puisque les poursuites sont, par exception, subordonnées à sa plainte. Mais la loi distingue entre l'adultère de l'homme et de la femme. La faute de cette dernière et celle de son complice sont toujours et en tout lieu sanctionnées. L'adultère du mari et de sa complice n'est, au contraire, punissable que lorsqu'il a entretenu sa concubine au domicile conjugal [2].

Il faut remarquer tout d'abord qu'une seule faute de la femme suffit à constituer le délit, au lieu que l'adultère du mari suppose des relations suivies, presque habi-

---

(1) On peut citer la décision du Tribunal de Castel-Sarrazin qui, le 8 avril 1864, condamnait une femme et son complice à cesser leurs relations, à peine d'une astreinte de 25 francs par jour. C'était cher pour l'époque !

(2) Art. 337, 338, 339 du Code Pénal:

tuelles, « entretenues » avec sa complice. La pénalité est plus sévère pour la femme et son complice (trois mois à deux ans d'emprisonnement) que pour le mari et sa concubine (amende de 100 à 2.000 francs.)

Cette différence de gravité des deux infractions entraîne certaines conséquences. Le mari pourra, la plupart du temps, et toujours peut-on dire, s'il connaît bien la loi, éviter tout délit punissable. La femme se trouvera dans une situation inférieure à celle de l'homme quant à la preuve de l'adultère, lorsqu'elle l'invoquera comme cause de divorce : la procédure de flagrant délit ne pouvant être employée s'il n'y a pas de délit. Il y a, en outre, quelque chose d'assez choquant dans le fait qu'un homme marié entretenant des relations coupables avec une femme non mariée puisse ne s'exposer qu'à une légère peine d'amende et encore par suite de sa maladresse, alors qu'un célibataire consommant l'adultère, ne serait-ce qu'une fois, avec une femme engagée dans les liens du mariage, pourra se voir infliger une peine sévère d'emprisonnement.

Il est logique et parfaitement admissible que l'adultère du mari soit moins sévèrement puni. Sans doute la faute morale est identique. Mais il ne constitue pas un trouble social, ne risquant pas, comme l'adultère de l'épouse, de fausser le jeu de la règle légale sur la présomption de paternité. Mais il nous semble qu'il suffirait que la gravité respective des deux délits ne se manifestât que dans la différence des pénalités susceptibles d'être infligées. Le législateur en a exagéré les conséquences qui abouti-

raient à des solutions injustes et nullement nécessaires si les tribunaux ne pouvaient y pallier.

Remarquons cependant que l'adultère du mari constitue une excuse à l'adultère de la femme, alors que l'adultère de celle-ci n'excuse pas l'adultère du mari. La femme jouit donc ici d'une situation privilégiée qu'il serait vain d'attribuer au succès des féministes ; la légère inconséquence du législateur suffit à l'expliquer.

Le devoir conjugal

Ce devoir n'est pas expressément prévu par le Code, et la jurisprudence, s'inspirant uniquement de la tradition qui vient du droit canonique, en a fait une des conséquences du devoir de cohabitation. Elle décide, en effet, que le refus persistant et volontaire d'avoir des relations sexuelles constitue une injure grave de l'un des époux envers l'autre, et elle accorde en outre des dommages-intérêts à l'époux victime de ce refus. Il est évident toutefois qu'il ne saurait être question que d'un accomplissement normal de ce devoir et à condition qu'aucune autre juste cause ne vienne l'excuser.

On voit donc que tous ces devoirs communs qui naissent du mariage sont prévus et sanctionnés par notre Code, aussi bien que dans le droit canonique. On peut même dire qu'ils sont plus sévèrement sanctionnés. Il n'en reste pas moins que les moyens de coercition, par leur gravité même, sont presque irréparables et ne peu-

vent qu'aboutir à aggraver des conflits et nullement à les apaiser, du moins le plus souvent.

Auprès de personnes d'un certain rang social leur mise en action peut paraître même quelque peu ridicule, sauf évidemment la demande en divorce qui est la solution normale et définitive à cet état de choses fâcheux.

Notre loi ne possède pas de tribunal de la pénitence, elle n'est pas une religion. De là résulte son infériorité.

---

§ 2. — *Les Devoirs propres des Époux*

La puissance maritale

On entend par puissance maritale l'ensemble des droits qui sont propres au mari et auxquels correspond une situation subordonnée de la femme.

Cette autorité du mari vient en droite ligne du *mundium germanique*. Le droit romain, bien au contraire, ne s'y opposait pas, et la donnée chrétienne de la soumission de la femme au mari ne pouvait pas la diminuer.

Notre ancien droit avait donc constitué une très forte organisation de la famille que le Code de 1804 avait maintenue dans une certaine mesure sous l'influence très certaine de Bonaparte, si peu favorable aux droits des femmes [1].

---

(1) Rappelons une fois de plus les paroles célèbres de Bonaparte qu'il aurait prononcées textuellement au Conseil d'Etat : « La nature a fait de nos femmes nos esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la comédie ! Madame vous ne verrez pas telle personne ! C'est-à-dire : Madame, *vous m'appartenez corps et âme !* »

Le Code ne contenait que des dispositions très brèves et les tribunaux ont dû faire eux-mêmes le choix parmi les attributs dont il leur semblait normal que le mari puisse se prévaloir.

La femme prend le nom, ou plus exactement l'usage du nom, de son mari.

Le mari choisit librement le domicile conjugal et le déplace à son gré. La femme doit le suivre, dit l'art. 214, partout où il juge à propos de résider. Ce devoir n'est pas réciproque, et les sanctions applicables, qui sont les mêmes que celle du devoir de cohabitation, ne visent ici que la femme exclusivement.

Le mari possède encore le droit de contrôler les relations de sa femme. Cette prérogative n'est consacrée par aucun texte, mais elle est impliquée dans le devoir général d'obéissance que l'article 213 met à la charge de la femme.

Ce contrôle du mari se manifeste sous deux formes : la surveillance des visites que la femme fait ou qu'elle reçoit et la surveillance de sa correspondance. Le mari peut interdire à sa femme certaines visites déterminées, mais il ne lui est pas permis de la séquestrer, pas plus qu'il ne peut lui interdire de voir ses proches parents. Le droit du mari devient donc, en réalité, plus théorique que pratique.

Le contrôle de la correspondance est une question beaucoup plus délicate. Il nous suffira de dire que ce droit n'est pas absolu et que les tribunaux ont, de ce chef, un droit d'appréciation sur l'usage fait par le mari de sa

prérogative, pour empêcher qu'elle ne dégénère en tyrannie ou même simplement en une inquisition indiscrète.

La puissance maritale conduit encore à interdire à la femme d'entreprendre une profession sans l'autorisation de son époux dont le contrôle nous paraît s'imposer en la matière. Cette autorisation restera d'ailleurs toujours révocable.

Le mari assume encore la direction pécuniaire du ménage. Comme il en est le chef, le Code ne permet pas que le contrat de mariage porte atteinte à cette prérogative qu'il considère comme essentielle. Tous les *revenus* vont se trouver concentrés entre ses mains, et il en aura la libre disposition, notamment pour les dépenses ménagères. Ce principe est en contradiction apparente avec la pratique de la vie courante dans laquelle c'est la femme qui accomplit tous les actes relatifs au ménage et aussi tous les achats de fournitures et d'aliments. Or, ces actes sont légaux et engagent personnellement le mari en ce sens que la jurisprudence, maintenant la théorie élaborée par notre ancien droit, considère que la femme est investie, pour tout ce qui concerne les dépenses du ménage, d'un mandat tacite et présumé du mari. Qu'il s'agisse même d'un mandat légal [1], il n'en reste pas moins que le rôle de la femme est loin d'être inexistant. Son mandat tacite l'associe la plupart du temps à la gestion des biens communs et lui donne souvent à ce point de vue la place prépondérante. Enfin, la puissance maritale produit encore une autre conséquence : l'inca-

(1) Planiol et Ripert. *Op. cit.*, p. 315.

pacité de la femme mariée, qui lui interdit tout acte juridique sans l'autorisation de son mari.

L'histoire révèle que, dans un grand nombre de civilisations, il a existé une incapacité de la femme. Mais cette incapacité n'a pas toujours été fondée sur les mêmes motifs et n'a pas présenté toujours ni les mêmes caractères, ni la même étendue. Deux idées opposées se rencontrent : l'idée d'une incapacité à raison du sexe et l'idée d'une incapacité consécutive à la puissance maritale. La première était celle du droit romain et l'autre celle du droit germanique. Le droit canonique, nous l'avons vu, confond l'une et l'autre. Il estime, en effet, que l'incapacité de la femme dérive de sa subordination à son mari, comme de son infériorité de nature qui nécessite une protection.

Les auteurs du Code civil, inconsciemment peut-être, ont adopté le même point de vue. Il est dit, en effet, dans les travaux préparatoires, que si l'autorisation est exigée des femmes mariées comme une marque de déférence due à leur mari, elle s'explique aussi par la protection que requiert un sexe faible ou inexpérimenté.

On a dit que cette incapacité de la femme, qui est ainsi reléguée au rang des incapables, avec les enfants et les fous [1], était « une règle vieillie, en désaccord avec nos mœurs et notre état social. » Aujourd'hui, les choses ont changé. La femme, dit-on, est devenue l'égale de l'homme intellectuellement. Dans de nombreux ménages,

(1) Il faut reconnaître, en effet, que c'est la place qu'elle occupe dans le Code civil !

elle subit comme le mari la dure loi du travail. Il est abusif autant qu'inutile de faire dépendre, *a priori,* la validité des actes d'une femme de l'autorisation fournie par un mari souvent moins prudent et moins intelligent qu'elle. On dit encore que le mariage est une *association.* Or, dans une association, la subordination n'est pas la règle, mais l'égalité. Il ne doit donc y avoir que concurrence, concommitance de pouvoirs égaux. D'ailleurs, il y a longtemps que le démantèlement de cette ridicule institution est commencé, et la tendance à sa disparition est trop accentuée pour ne pas aboutir à brève échéance à la pleine capacité juridique si chèrement désirée !

Nous le croyons bien volontiers.

En effet, des lois successives ont ouvert une brèche sérieuse dans le système du Code.

La loi du 6 février 1893 restituait tout d'abord aux femmes séparées de corps leur pleine capacité. Les lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 ont autorisé les femmes mariées à faire librement des dépots et des retraits aux Caisses d'épargne. Enfin et surtout, la loi du 13 juillet 1907 est venue soustraire à peu près complètement toutes les femmes qui exercent une profession distincte de celle de leur mari à la nécessité d'une autorisation maritale ou judiciaire en ce qui concerne les « biens réservés ».

Actuellement, par conséquent, l'autorisation du mari n'est nécessaire que pour la femme qui n'exerce aucune profession, qui se cantonne dans ses devoirs d'épouse et de mère. Faut-il supprimer, même dans ce cas, toute

incapacité de la femme ? La question est l'objet des plus violents assauts des féministes.

Remarquons que la femme peut recourir aux tribunaux aux fins d'autorisation contre un refus du mari qu'elle estime arbitraire ou au moins injustifié, ou encore lorsque, pour une raison quelconque, le consentement du mari ne peut pas être sollicité. (Art. 218 et 219 du Code civil.) Le tribunal compétent est en principe le tribunal de première instance. Rien n'empêche de simplifier la procédure à cet égard, et l'autorisation désirée ne nécessiterait alors que le strict minimum de formalités. La tendance de plus en plus accentuée de confier au magistrat des questions autrement délicates et des responsabilités plus lourdes ne s'y oppose nullement. Supprimer l'incapacité de la femme entraîne comme conséquence nécessaire la suppression de toute puissance maritale, car il serait ridicule de permettre à la femme tous pouvoirs sur son patrimoine, alors que l'on maintiendrait au mari le droit de choisir le domicile, le droit de contrôler les relations et la correspondance de sa femme. Comment lui maintenir la direction du ménage alors que la femme pourrait le compromettre ?

Le problème a donc une portée bien supérieure. Il se ramène en définitive à la question de savoir si la femme doit être totalement indépendante de son mari. Or, sa liberté entraîne nécessairement l'indépendance de l'homme à son égard. Insensiblement, mais fatalement, on en arrive même à la suppression des devoirs communs aux deux époux. C'est ce qu'a fait le législateur

soviétique. Dans un tel système, la femme a tout à perdre. Le seul exposé de la législation soviétique nous dispensera de toutes explications. La loi russe devrait constituer le champ d'expériences des féministes. Mais l'erreur du féminisme est de considérer cette autorité comme une prérogative exercée par le mari dans son intérêt, alors que les raisons qui la justifient en font une fonction que le mari doit remplir dans l'intérêt de la famille. Erreur trop monstrueuse pour laisser croire que l'on puisse en revenir. La tendance est là, et elle est trop accentuée pour ne pas aboutir à très brève échéance.

SECTION II

Les Effets du Mariage a l'égard des Enfants

§ 1. — *La Filiation*

Le Code civil, comme toute législation d'ailleurs, s'est heurté à cette difficulté insurmontable que la paternité résulte de faits dont la preuve directe est impossible à administrer. En effet, pour établir la paternité de tel ou tel individu, il ne suffit pas de démontrer qu'il a eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant à l'époque probable de la conception, il faut encore qu'il ait été le seul à avoir eu ces relations. La démonstration de la paternité n'est donc jamais fondée sur des preuves, mais sur des probabilités, sur des vraisemblances plus ou moins significatives auxquelles l'intérêt social commande d'ajouter foi.

Une double présomption : celle que des rapports ont existé entre la femme et son mari et celle que cette femme n'a pas eu de rapports avec d'autres hommes, présomption de cohabitation et présomption de fidélité, a abouti à la règle identiquement semblable à celle du droit canonique que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. » (Art. 312 et 314 du Code civil.)

On a donné une autre explication un peu différente de cette règle et on a dit que la paternité résultant en définitive d'un acte de volonté du mari qui, en se mariant,

acceptait d'avance comme siens les enfants que sa femme mettrait au monde, au moins quand leur conception et leur naissance auraient lieu dans des conditions normales [1]. Cette explication nous semble psychologiquement la plus exacte. Mais elle est bien décevante!

Tout ce que nous avons dit au sujet du droit canonique est à peu près identique dans notre Code. Quelques différences sont seulement à signaler.

L'enfant de plus de 300 jours après la dissolution du mariage est légitime dans notre droit. (Art. 315), et surtout la présomption de paternité a une portée beaucoup plus absolue. L'enfant né plus de 180 jours après la célébration du mariage et moins de 300 jours depuis sa dissolution ne peut qu'être très difficilement désavoué et, par conséquent, il est pratiquement impossible pour le mari de la mère de rejeter une paternité qu'il n'a pas. Qu'il nous suffise de dire que l'action en désaveu ne pourra être intentée avec succès qu'en cas d'impossibilité physique matérielle de cohabitation, impossibilité résultant de l'éloignement ou de l'impuissance *accidentelle*, pendant toute la période *légale* de la conception [2]. (Art. 312.) L'article 313 prévoit une autre hypothèse. Le mari ne pourra pas désavouer l'enfant, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, « auquel cas *il sera admis* à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. »

L'enfant ne peut être en principe désavoué que par

---

(1) Colin et Capitant. *Op. cit.*, I, p. 265.

(2) Donc pendant la période de 121 jours qui va commencer six mois avant la naissance de l'enfant.

le mari qui devra intenter l'action dans le mois qui suit la naissance de l'enfant, ou dans les deux mois qui suivent son retour, ou après la découverte de la fraude si la naissance lui avait été cachée. (Art. 316.)

L'enfant né avant le 180e jour depuis le mariage, ou 300 jours après sa dissoluiton ou à une époque telle que pendant la période légale de la conception le mari était dispensé d'avoir avec la mère un domicile commun, peut au contraire être désavoué beaucoup plus facilement.

---

§ 2. — *La Puissance Paternelle. Des Droits et des Devoirs des Parents et des Enfants*

Les droits et les pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs ne leur sont accordés que comme la conséquence nécessaire des lourds devoirs qu'ils ont à remplir et n'ont d'autre but que de leur rendre possible l'éducation de l'enfant. Nous retrouvons donc exactement le point de vue du droit canonique.

Ainsi entendu, le terme de puissance paternelle est inexact, et celui d'autorité parentale serait plus justifié.

La puissance paternelle, au moins pour certains de ses attributs, est le domaine où la société reconnaît le père et la mère de famille comme les meilleurs juges de l'intérêt de l'enfant. La loi sauvegarde donc l'autonomie qui doit appartenr à cette famille dont ils sont les chefs.

L'article 372 du Code civil attribue la puissance pater-

nelle conjointement aux deux époux. Mais, dans la généralité des cas, le droit de la mère est à peu près nominal, car l'art. 373 ajoute que « le père seul exerce cette autorité durant le mariage. » Si le droit canonique pose le principe de l'égalité de l'homme et de la femme dans les prérogatives ou initiatives de la puissance paternelle, l'autre principe de la subordination de la femme au mari aboutit exactement au même résultat que notre Code civil. Notre droit sera même plus protecteur des intérêts de la mère. Remarquons, en effet, qu'elle devra être consultée pour le mariage de ses enfants n'ayant pas 25 ans [1], que son consentement sera indispensable pour l'adoption, quelle a qualité, plus que toute autre personne, pour provoquer la déchéance du père indigne et se faire accorder tous les droits dont il jouissait, et enfin qu'elle pourra obliger le père à remplir les obligations que la loi lui impose, par une action en justice. En somme, son droit de surveillance lui permettra de provoquer le droit de contrôle que possèdent les tribunaux. Le droit canonique, au contraire, exige sa soumission.

Quels sont les droits et les charges des parents ?

En premier lieu, le droit *de garde*. Au sens large, le droit de garde comprend tous les droits qui s'exercent sur la personne de l'enfant, réserve faite du droit de le faire incarcérer. Au sens étroit, elle comprend spécialement

(1) La loi du 13 juillet 1927 lui donne la possibilité de faire échec à la volonté du mari. Elle a donc acquis sur ce point l'égalité la plus complète.

le droit de retenir l'enfant au lieu choisi par ses parents. Pour cela, les parents peuvent réclamer le secours de la force publique et demander des dommages-intérêts à la personne qui a détourné l'enfant.

Ce droit de garde entraîne pour les parents la responsabilité des actes délictueux des enfants. (Art. 1384 du Code civil.)

Les parents possèdent encore le devoir de diriger l'éducation de l'enfant, de surveiller sa conduite, de former son caractère. C'est d'ailleurs la partie essentielle de leur tâche. Ils choisiront donc la confession religieuse, le mode d'instruction et la carrière de l'enfant.

La loi du 28 mars 1882 est venue sanctionner l'obligation qui incombe aux parents d'instruire leurs enfants. Cette obligation peut être considérée comme indispensable aux intérêts de la Société, qui se doit de procurer à tous l'instruction au moins primaire et gratuite. Nul ne peut contester l'intérêt social qui s'attache à l'instruction de tous les citoyens. Et l'Etat a, en la matière, non seulement un droit, mais un de ses devoirs les plus élémentaires. De là est née l'école publique obligatoire.

Sa laïcité, c'est-à-dire sa stricte neutralité, devait s'imposer comme conséquence de la neutralité de l'Etat qui n'est elle-même que la conséquence de son indépendance comme de l'indépendance de toute puissance spirituelle. Question épineuse, qui a soulevé des polémiques bien souvent regrettables qui ne peuvent que s'accentuer encore par le problème essentiellement actuel que soulève l'école unique. Les tendances qui s'opposent se heurteront encore plus violemment.

Le soin de l'éducation de l'enfant donne nécessairement aux parents un droit de correction assez étendu. Tout ici est affaire de mesure, et la tendance se manifeste à un adoucissement continu des châtiments infligés à l'enfant [1]. En fait, le père puise dans l'exercice des autres attributs de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant bien d'autres moyens de correction que les châtiments corporels [2]. Cependant, le Code lui reconnaît un droit, dit droit de correction, qui lui permet de faire incarcérer l'enfant. Il est bien évident que c'est un moyen exceptionnel, une suprême ressource pour dompter les caractères rebelles, parfaitement inefficace, croyons-nous, et très peu employé [3].

Les parents possèdent encore dans notre législation le droit de jouissance légale qui leur permet de bénéficier personnellement des revenus de leurs enfants mineurs de 18 ans. Ce droit est évidemment peu en rapport avec l'idée que les attributs de la puissance paternelle n'ont d'autre but que l'intérêt de l'enfant. Cette source de bénéfices est vivement combattue aujourd'hui. Elle pouvait cependant se justifier (lorsqu'on avait une autre conception de la famille), par une certaine indivisibilité du budget fami-

---

(1) La loi du 5 avril 1898 a introduit dans le Code Pénal des dispositions spéciales pour réprimer les attentats et violences commis contre les enfants. La loi du 24 juillet 1889 permet de retirer la puissance paternelle pour mauvais traitements ayant compromis la santé de l'enfant.

(2) La plupart du temps, l'enfant n'a pas de ressources, ni de moyens de subvenir à ses besoins en dehors de l'aide de ses parents, d'où un grand nombre de privations que ceux-ci peuvent lui infliger et dont la dernière est l'exhérédation de la quotité disponible.

(3) En 1913, par exemple, le nombre des incarcérations demandées a été de 504.

lial, sorte de communauté largement étendue, où tombent en faveur de l'entretien de tous, assurée à ses risques par le chef de famille, les revenus des deux époux et ceux de leurs enfants n'ayant pas encore atteint l'indépendance.

D'ailleurs, la contre-partie de ce droit de jouissance réside dans l'obligation pour les parents d'administrer les biens personnels des enfants. Cette obligation confère au père des droits légèrement plus étendus que ceux d'un tuteur. Elle suppose l'existence du père et de la mère puisqu'au décès de l'un d'eux l'administration légale fait place à la tutelle. Ceci nous montre que si la loi accroît les pouvoirs des parents quand ils vivent tous les deux dans l'état de mariage, c'est qu'elle tient leur collaboration comme le contrôle réciproque le meilleur, comme la meilleure des garanties pour l'enfant.

Nous verrons plus loin que la puissance paternelle, jusque dans ses attributs qui étaient encore considérés il y a peu de temps comme quasi-souverains, peut être l'objet d'une déchéance. Même en dehors d'une véritable déchéance, l'autorité du père de famille est souvent l'objet d'un contrôle sévère. Le père qui tourne ses droits contre l'enfant ou contre les droits d'un tiers commet un abus que doivent sanctionner les tribunaux. Le contrôle judiciaire est en pratique très bienfaisant, car il est resté dans les limites raisonnables sans porter atteinte à l'autorité légitime de la famille. Il n'intervient qu'en cas de violation manifeste des droits moraux ou matériels de l'enfant. Comme nous le disions plus haut, le

législateur français, à l'exemple d'ailleurs de législations étrangères, tend à rendre de plus en plus puissant ce contrôle des tribunaux, tendance qui se manifeste par la législation sur la déchéance et par celle qui fait des tribunaux les distributeurs de la puissance paternelle en cas de divorce ou de séparation [1].

La loi du 22 juillet 1912 manifeste avec évidence la tendance actuelle. Sans entrer dans les détails de cette loi qui avait pour but d'organiser un mode spécial de répression des infractions commises par un mineur, on peut dire qu'elle donne au juge un pouvoir discrétionnaire sur le délinquant de moins de 18 ans et qu'elle lui permet même de s'assurer le contrôle de ses actes, en plaçant l'enfant sous le régime de la liberté surveillée. L'enfant est rendu aux parents mais placé sous le contrôle incessant du tribunal, tenu au courant par son délégué. Celui-ci a pour cela tout droit de visite nécessaire et, sur son rapport, le tribunal peut, à tout moment, prendre les mesures que nécessite l'intérêt du mineur.

Le Code civil ne prévoyait pas la déchéance de la puissance paternelle et les tribunaux ne pouvaient pas prononcer la résolution des droits et des devoirs des parents, en cas d'inexécution. Ils ne se reconnaissaient que le droit de modifier les conditions de la garde et de l'administration légale. Des lois successives et nombreuses sont venues accorder aux juges les pouvoirs qui leur manquaient.

---

(1) Un contrôle administratif s'exerce également, par exemple sur les conditions du travail des enfants. (V. *Code du Travail.* Livre II, titre III, sur l'inspection du travail.)

Ces lois sont des coups terribles et de plus en plus accentués à l'inviolabilité de la puissance paternelle. Ces coups se sont succédés sans ordre, avec une hâte fébrile, pourrait-on dire, comme devant des brèches toujours nouvelles auxquelles il faut parer au plus vite. La plus importante de ces lois est celle du 24 juillet 1889. Mais, depuis lors, de nombreux textes sont venus la compléter et l'élargir.

D'une façon générale, ces règles éparses répondent aux idées suivantes : il y a déchéance judiciaire de la puissance paternelle dans les cas où, par suite de certaines condamnations qu'il a encourues pour délits ou crimes par lui commis, soit contre la personne de l'enfant, soit de toute autre façon, le père s'est révélé indigne de l'exercer.

La même présomption d'indignité, ou tout au moins d'incapacité, doit encore entraîner la déchéance lorsque l'enfant a commis des infractions ou des fautes qui révèlent les vices de son éducation. Enfin, en dehors même de toute infraction commise par le père ou par l'enfant, l'abandon réel ou tout au moins moral de celui-ci, la conduite scandaleuse du père, peuvent justifier la déchéance. Dans tous ces cas, la loi organise l'exercice de la puissance paternelle de la manière la plus convenable aux intérêts de l'enfant.

Cette sanction aux manquements des parents est donc beaucoup plus grave que le contrôle judiciaire dont nous avons parlé, contrôle qui n'enlève aucun des attributs, ni aucun des droits que confère la puissance paternelle. Que faut-il penser de ces nombreuses autant que graves

atteintes portées, dans ces dernières années, à cette vieille institution de la puissance paternelle ?

La désagrégation de la famille a mis le législateur et les tribunaux dans la nécessité de pourvoir aux conséquences graves qui en résultaient. Devant la carence de la famille, il fallait suppléer aux lacunes et réprimer les abus de la puissance paternelle, organiser le moyen de l'écarter en cas de besoin et de la remplacer par la protection de personnes plus dignes, d'organismes d'Etat ou d'établissements d'utilité publique. Voilà ce qui a été fait.

Il ne faut pas voir là une manifestation d'une tendance à considérer l'Etat comme investi d'un droit propre sur l'enfant. Mais c'est seulement une aide, un secours, une protection, qu'il exerce devant la défaillance de ceux qui devaient les exercer. Que cela serve de prétexte et d'encouragement à revendiquer un droit propre de l'Etat sur la personne de l'enfant, c'est évident. Mais le législateur ne l'a pas voulu et ses intentions étaient tout autres.

Si l'on ne peut donc rien déduire de ces lois qui ont porté atteinte à la puissance paternelle, d'autres interventions du législateur seraient peut-être plus significatives. Nous avons vu, en effet, que « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, élever et entretenir leurs enfants. » (Art. 203 du Code civil.) Cette obligation est un des plus lourds devoirs du mariage, surtout dans les circonstances économiques actuelles. Aussi l'Etat a été amené à venir en aide aux parents. De là, les secours donnés aux parents nécessiteux par l'Assistance publique qui, de

plus, consent à recevoir et à placer à ses frais les enfants des indigents (loi du 27 juin 1904.) De là encore, d'une façon générale, toutes ces lois qui accordent une assistance spéciale aux familles nombreuses par des avantages quelquefois illusoires, mais aussi quelquefois non dépourvus d'intérêt.

Une seule question peut se poser : à quel titre l'Etat intervient-il ? Considère-t-on que l'intérêt social est directement intéressé et qu'un devoir de solidarité doit unir par l'intermédiaire de l'Etat les individus à qui une aide est nécessaire et ceux qui peuvent l'apporter ? Nul ne niera que ce point de vue existe certainement ; mais, à côté, n'existe-t-il pas une tendance, peut-être non avouée chez certains, explicitement formulée chez les autres, à ne plus considérer la famille comme l'organe essentiellement autonome, mais au contraire soumis à l'autorité et à la responsabilité de l'Etat, et cela en vertu d'un droit propre de celui-ci sur la personne de l'enfant ?

L'idée que l'enfant appartient à l'Etat est une idée vieille comme le monde. Avant l'affirmation des Soviets, Platon lui-même l'avait formulée, et l'Eglise elle-même pose le principe que l'enfant appartient à Dieu. Ce n'est pas l'idée de notre Code civil, et aucun texte de la loi positive ne l'a formellement exprimé jusqu'à présent.

Les tribunaux ont actuellement un droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle. C'est incontestable. Que ce contrôle tende à être de plus en plus exercé, surtout lorsqu'on se trouve en présence d'un jeune délinquant, il est utile qu'il en soit ainsi, car l'enfant n'est plus aujourd'hui l'objet de tant de sollicitude

de la part de ses parents ou de sa famille. Il faut donc nécessairement parer à une carence malheureusement toujours plus fréquente.

Cependant, le père et la mère, quelles que soient leurs ressources, doivent rester les seuls maîtres de l'instruction et de l'éducation de l'enfant. C'est en respectant ce principe que l'Etat devra s'efforcer de fournir aux plus doués intellectuellement les moyens matériels qui pourraient leur faire défaut. La question, dite de l'école unique, — entre autres difficultés, — pose à cet égard, et dans toute son ampleur, le délicat problème de la conciliation des droits de l'Etat et des droits des parents.

Enfin, on peut dire que l'enfant majeur est actuellement complètement émancipé de toute puissance paternelle.

La puissance paternelle n'étant plus aujourd'hui qu'une institution de protection, s'éteint quand les enfants n'ont plus besoin d'être protégés, c'est-à-dire à leur majorité ou à leur émancipation. On a regretté, évidemment, que les pouvoirs des parents finissent si vite. On a dit, en effet, que la cessation rapide de la puissance paternelle diminuait la cohésion de la famille en en rendant ses membres indépendants. C'est prendre l'effet pour la cause, car c'est précisément le désir toujours plus grand d'indépendance qui, en diminuant cette cohésion de la famille, a rendu nécessaire la cessation rapide de la puissance paternelle. Et même, lorsqu'elle existe encore, nous avons vu combien elle était atteinte et toujours pour la même raison. On peut verser un pleur, mais ce serait un rêve illusoire que de vouloir même tenter de

faire revivre un passé qui heurterait tant les mœurs d'aujourd'hui.

Après la majorité, la puissance paternelle produisait encore quelques effets. Les parents conservaient le droit d'être consultés sur le mariage de leurs enfants tant qu'ils n'avaient pas atteint 25 ans. Or, la loi du 17 juillet 1927, en déclarant que le dissentiment des parents vaut consentement, autorise dans ce cas l'enfant mineur à n'avoir à constater que ce seul dissentiment, et, à plus forte raison s'il est majeur de moins de 25 ans, auquel cas l'illusoire notification n'est même plus prescrite ! Les parents conservaient encore le droit de faire opposition sans en faire connaître les motifs. En exigeant désormais les motifs de l'opposition, c'est-à-dire l'existence d'un empêchement, la loi du 8 avril 1927 fait disparaître encore l'un des derniers vestiges d'une ancienne puissance.

En somme, que reste-t-il aujourd'hui de la puissance paternelle sur un enfant majeur ? L'obligation alimentaire qui sera due à tout âge par les enfants à leurs parents et inversement. Encore, l'aggravation de certains délits par ce seul fait qu'ils sont commis sur la personne des parents. Et enfin la règle que pose toujours l'art. 371 qui déclare qu' « à tout âge l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère. » Mais il n'y a là qu'une règle purement morale, dépourvue par conséquent de toute sanction. Elle peut donc être impunément violée ! Et les exemples en sont, hélas ! trop fréquents.

CHAPITRE III

LES EFFETS DU MARIAGE EN DROIT SOVIÉTIQUE

SECTION I

Des Effets du Mariage a l'égard des Époux

« Lors de l'enregistrement du mariage, les époux peuvent faire la déclaration de leur désir de porter un nom de famille commun... ou de conserver leur nom d'avant-mariage. » (Art. 7.) « Les deux époux jouissent d'une complète liberté dans le choix de leurs occupations et de leur profession. Le mode de conduite de l'économie commune est établi par le consentement mutuel des époux. Le changement de domicile de l'un d'eux ne crée pas pour l'autre l'obligation de le suivre. » (Art. 9.)

Tels sont, résumés, les effets du mariage.

Les époux peuvent donc avoir un domicile séparé, il ne peut pas être question entre eux d'un devoir de cohabitation. Le devoir d'assistance cesse lui aussi d'exister, étant donnée la liberté la plus complète qui règne dans le ménage. Le devoir conjugal n'est nullement prescrit, le droit soviétique répudiant hautement « le droit pour

le mari de violer sa femme. » [1] Le devoir de fidélité n'est pas imposé, toujours en vertu de la liberté de l'individu. L'adultère n'est pas un crime, ni même un simple délit. Quelle utilité, d'ailleurs, verrait-on à le réprimer ? La paternité ne repose plus sur aucune présomption de fidélité de la femme ; la loi, au contraire, présume son infidélité !

Bien entendu, aucune prééminence du mari ne subsiste dans le ménage. L'égalité la plus stricte, la plus complète des époux doit y régner. En conséquence, chacun des époux conserve le choix ou de porter un nom commun ou de garder son nom. Ceci est la règle dans les mariages non-enregistrés. (Art. 7 *a contrario.*) Chaque époux conserve sa nationalité propre. La femme ne doit plus la moindre obéissance à son mari, elle n'est plus obligée de cohabiter avec lui et, partant, de le suivre, et elle jouit de la liberté la plus complète pour le choix de sa profession et même de ses simples occupations.

En somme, on peut conclure que jusqu'ici il n'existe ni droits, ni devoirs engendrés par le mariage, qui devient ainsi une vague association sans aucun effet. Un seul devoir subsiste cependant, mais nous allons voir combien il est restreint. C'est le devoir d'entretien.

Il n'existe à la charge d'un époux à l'égard de l'autre qu'à la condition que ce dernier soit indigent *et* dans l'impossibilité de travailler. (Art. 14.)

Il faut en déduire qu'en principe, par conséquent, chacun des époux doit subvenir personnellement à ses

(1) Goichbarg.

besoins, la femme comme l'homme. Cette conception est très logique étant donnée celle que l'on se fait du mariage. Chacun des époux conservant sa pleine indépendance, cette indépendance doit aussi se manifester dans leurs rapports matériels et pécuniaires. La femme, en devenant l'égale de l'homme, doit être traitée sur le même pied d'égalité et elle doit traverser les mêmes vicissitudes que son compagnon. Elle n'a plus dans la société le rôle spécial, la situation particulière de la mère de famille, elle doit donc subvenir à son existence par ses propres moyens. C'est là la conséquence très logique et inévitable de l'égalité des sexes.

Mais ce qu'il y a de curieux, c'est qu'on revendique pour elle et qu'elle revendique elle-même cette égalité pour mieux assurer sa liberté à l'amour. La femme cesse d'être ainsi l'objet de tous ces marchandages, de cette soumission d'esclave, de ce « viol légal » que connaissent les sociétés bourgeoises. Mais il peut lui arriver d'être mère ; d'autres maux, d'autres maladies, moins graves évidemment, peuvent l'atteindre. Or, en émancipant la femme, le communiste s'est vanté aussi de la protéger. Voyons comment cette protection est assurée.

Durant le mariage (enregistré ou non), nous avons vu qu'elle ne pouvait pas prétendre à un secours moral ou à l'assistance de son mari. Au point de vue pécuniaire, celui-ci ne lui doit un secours matériel que si elle est indigente *et* dans l'impossibilité absolue de travailler.

Nous verrons qu'il est loisible aux époux de divorcer aussi facilement qu'ils se sont mariés. Ils s'aiment, ils s'unissent ; ils ne s'aiment plus, ils se quittent, sans la

moindre formalité. Quel recours a la femme contre l'abandon de son mari, et quelle garantie peut-elle avoir contre la misère où elle peut être réduite du jour au lendemain ? Son indigence et son incapacité de travailler étant démontrées, elle pourra, étant abandonnée, prétendre à l'entretien de la part de son ex-conjoint, mais au maximum pendant un an ! (Art. 15.)

Protection bien peu efficace, en vérité, et qui suppose encore la solvabilité du « protecteur », qui pourra déjà avoir contracté d'autres nombreuses et éphémères unions lui ayant laissé comme seul souvenir quelques autres et aussi nombreuses dettes d'aliments [1].

Tels sont les effets du mariage. Ajoutons cependant que la loi a prévu que certains mariages pourraient être d'une assez longue durée et il convenait de mieux régler les rapports pécuniaires entre époux. Sans doute, avec une telle conception du mariage, la séparation des patrimoines est la règle. C'est donc le régime de séparation de biens. Mais « l'avoir acquis durant le mariage est tenu pour avoir commun des deux époux. » (Art. 10.) Par « avoir acquis » il faut, à notre avis, entendre l'ensemble des revenus du mari et de la femme, revenus de leurs biens propres et fruits de leur travail et de leurs écono-

(1) « Déjà, disait en 1926 le fonctionnaire Stalz, nos tribunaux sont encombrés de requêtes réclamant des secours des maris pour l'entretien de leurs femmes abandonnées. Les maris quittent leurs femmes et celles-ci vont d'une ville à l'autre à leur recherche. » — NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 48.

« Il arrive qu'un homme a une vingtaine de femmes. Il a vécu une semaine avec une, deux semaines avec une autre. Les enfants restent. Vous ne pouvez rien recevoir d'un tel homme, vous ne pouvez pas l'écorcher, et voilà les femmes et les enfants à la rue. » — *Isveztias*, 1925, n° 239.

mies. Le législateur communiste supprime donc toutes relations personnelles entre époux, mais établit entre eux une communauté relative d'intérêts !

A la dissolution du mariage, cette communauté se liquidera à l'amiable. L'accord mutuel est, en effet, destiné à trancher toutes les difficultés morales ou pécuniaires auxquelles le mariage peut donner lieu. C'est, en effet, la seule façon d'assurer l'égalité de chacun. Et, en cas de désaccord, le tribunal tranchera en vertu de son pouvoir discrétionnaire tous les litiges qui auront pu naître. (Art. 10.)

Enfin, il faut préciser que tous ces effets (?) du mariage sont communs aux mariages enregistrés ou non-enregistrés. (Art. 16.) Comme ces effets sont à peu près nuls, on pourrait dire que c'est presque évident.

Nous savons à quels principes le législateur russe a obéi : ce sont ceux de la liberté et de l'égalité des individus, de l'égalité des sexes, de l'émancipation et de la protection de la femme. Malheureusement ils sont contradictoires. C'est une évidence que la nature physique, la constitution même de la femme rendent nécessaire la protection de l'homme lorsque cette nature se manifeste, c'est-à-dire lorsqu'elle accepte d'avoir avec lui des relations sexuelles. Si elle peut s'en priver, aucune protection ne lui est nécessaire, et encore ? Mais, peut-elle s'en priver ?

Au cas contraire et si elle revendique son droit à l'amour, il faut lui assujettir l'homme dont elle a besoin. Mais c'est lui assujettir son égal, et que devient la liberté de l'individu ? Voilà tout le problème. L'infériorité physique de la femme en est la cause. Les Soviets n'ont pas

résolu la question. Il n'existe qu'une solution d'ailleurs, et combien imparfaite : l'avortement ! On y a recours.

Et voilà comment « la Puissance soviétique — (s'enorgueillissent les statuts du Parti) — est la seule capable d'instituer *intégralement*, pour la première fois au monde et dans tous les domaines, l'égalité des sexes, de façon à abolir les dernières traces de l'infériorité de la femme en matière de droit matrimonial et familial. »

En effet : l'avortement d'une part et, d'autre part une indépendance des époux telle que chacun d'eux peut désormais à sa guise, pendant la durée du mariage, habiter où il veut et coucher avec qui bon lui semble sans que l'autre ait à lui opposer le moindre reproche !

On conçoit facilement un orgeuil légitime devant un tel résultat.

SECTION II

Les Effets du Mariage a l'égard des Enfants

§ I. — *La Filiation*

Les Soviets, malgré leur ingéniosité, n'ont pas encore trouvé le moyen de permettre à l'enfant de prouver avec certitude qu'il était né des œuvres d'un homme déterminé. Cette impossibilité a conduit le législateur de tous les pays où il existe un mariage digne de ce nom, c'est-à-dire comportant le devoir de fidélité entre époux, à adopter la présomption que nous connaissons, à savoir : que le père de l'enfant est le mari de la mère. Mais ici, où les époux ne sont plus tenus au devoir de cohabitation et la femme au devoir de fidélité, on comprend combien cette présomption aurait été fragile. En outre, elle est essentiellement bourgeoise et couvre toutes les hypocrisies en faisant endosser à un homme une paternité qu'il n'a peut-être jamais eue.

D'autre part, si larges que soient désormais les bases du mariage, il subsiste encore des unions qui ne peuvent se prévaloir de ce titre, et les enfants qui en naissent doivent prétendre aux mêmes droits que les autres. Ainsi donc, après avoir élevé presque tous les concubinages à

la dignité de mariages, on assimile tous les enfants qui peuvent encore naître hors mariage à ceux qui sont nés d'un mariage selon la loi. On peut dire par conséquent que toute union sexuelle, lorsqu'elle porte ses fruits, produit des effets identiques. Mme Kollontaï avait donc tort de se lamenter sur le triste sort des « occasionnelles » puisque celles-ci se trouvent, au moins dans leur progéniture, assimilées aux épouses légitimes et révérées comme telles.

Les Soviets affirment, avec l'égalité absolue des enfants quelle que soit leur naissance, que tout enfant doit avoir un père et que ce père doit être son vrai père. Les législations bourgeoises ne sont pas si catégoriques.

Reste à déterminer ce vrai père, la maternité restant toujours facile à prouver.

En principe, la filiation se prouve par « l'inscription sur les registres des naissances. » (Art. 26.) La déclaration, faite dans un délai déterminé, incombe au père et à la mère, ou à l'un d'eux (Art. 118.) A leur défaut, elle peut être faite « par des parents ou des proches voisins ou par l'administration de la maternité où se trouvait la mère lors de la naissance de l'enfant. »

Que la déclaration soit faite par les auteurs de l'enfant ou par d'autres personnes, elle constitue en somme un aveu, formel dans le premier cas et tacite dans le deuxième. L'aveu, ou si l'on veut, la reconnaissance volontaire, est donc le mode normal de preuve de la filiation.

Mais cet aveu pourra *toujours* être contesté, par l'*en-*

fant comme par le *déclarant* et par tous les *intéressés*. Tous les moyens de preuve seront admis par le tribunal dont l'intervention est nécessaire. (Art. 27.)

Cette déclaration peut ne pas être faite, comme elle peut être inexacte (et même, étant faite et étant exacte, une autre pourrait être plus utile). La mère, dont la maternité sera difficilement contestable, peut craindre que le père ne se dérobe au devoir de reconnaître son enfant. Peut-être ignore-t-elle quel est le véritable père ? Et à quelles difficultés ne va-t-elle pas se heurter devant cette preuve de la paternité ! Aussi « en vue de défendre les intérêts de l'enfant », qu'elle soit mariée ou non-mariée, « la mère peut, dans la période de grossesse, ou après la naissance de l'enfant, présenter à l'organe local d'inscription des actes de l'état-civil de son lieu de résidence, une déclaration indiquant le père de l'enfant. » (Art. 28.) C'est tout, et la paternité est prouvée. En effet, notification de la déclaration de la mère est faite au père prétendu. Celui-ci a un délai d'un mois pour faire opposition, et un délai d'un an pour se pourvoir devant le tribunal. (Art. 29.) Le délai d'un mois étant expiré, le père, étant donné son silence, est inscrit d'office comme le père de l'enfant. S'il entend se pourvoir devant le tribunal pendant l'autre délai qui lui est imparti, *c'est à lui qu'il appartiendra de faire la preuve de sa non-paternité*. Comme la preuve de la paternité est impossible à établir, on peut penser que la preuve contraire n'est pas beaucoup plus facile. La déclaration de la femme aboutit donc à un renversement de la preuve et,

dans une telle matière, celui qui en a la charge doit absolument succomber [1].

Le tribunal est d'ailleurs obligé de reconnaître un père à l'enfant. Le doute, si grand soit-il, ne peut profiter à l'accusé, c'est le cas de le dire. La décision qui interviendra imposera au père l'obligation de participer aux frais liés à la grossesse de la mère, à la naissance et à l'entretien de l'enfant ainsi qu'à l'entretien de la mère pendant sa grossesse et six mois après l'accouchement. (Art. 31.)

Mais il y a mieux : si, au cours du procès, il est établi que la mère a eu pendant la période *normale* de la conception des rapports intimes, non seulement avec la personne indiquée dans la déclaration, mais encore avec d'autres personnes, le tribunal *doit* rendre une décision *reconnaissant une de ces personnes pour père de l'enfant.* (Art. 32.)

Comment le tribunal pourra-t-il se déterminer ? En tirant au sort, très probablement ! Il paraît cependant que dans ces cas, au moins légèrement complexes, le « prétendant » le plus riche a toujours la préférence !

Voilà le système qui donne un père à tout enfant et qui lui assure son vrai père [2]. Après tout, l'essentiel est

---

(1) Le seul argument que semble pouvoir faire valoir le défendeur pour se libérer est de prouver l'impossibilité certaine dans laquelle il était de cohabiter avec la femme qui l'accuse, et ce, par suite de l'éloignement ou de l'impuissance.

(2) Ce système n'est pas encore nouveau et les Soviets n'ont eu qu'à le cueillir dans notre ancien Droit. Mais il était loin d'y avoir la portée qu'il a dans la loi soviétique. La déclaration de la mère n'entraînait pour le prétendu père que l'obligation — sous bénéfice d'inventaire — de participer aux frais de la grossesse et de la naissance, et ne préjugeait en rien de l'action en recherche de la paternité qui allait être intentée.

que l'enfant en ait un, et tant pis s'il n'est pas le vrai père devant cette nature « qui n'a fait à la mère elle-même que des demi-confidences. »

En Russie soviétique, la paternité peut donc se prouver dans tous les cas par la déclaration de la mère. Elle a le droit de choisir parmi ses galants puisque, en le devenant, ils se sont exposés à certains risques. Et ainsi se trouve consacrée une nouvelle théorie du risque dite du « risque de paternité ».

Cette mesure assure-t-elle du moins à la femme et à l'enfant, en retour des chantages et des faux témoignages dont l'homme paie parfois l'inévitable rançon, les réparations et la protection que le législateur prétend lui accorder ? Il est à présumer, pour les raisons que nous indiquions précédemment en parlant de cette nouvelle catégorie de « veuves de pensions alimentaires », que la loi soviétique n'a fait que dresser l'un contre l'autre l'homme et la femme devenus des rivaux. Et la femme et l'enfant finiront toujours par avoir le dessous. La preuve, c'est que M^me^ Kallontaï, que nous avons souvent citée, se penchant une fois de plus sur ce « nombre d'abeilles douloureuses, les femmes russes, ses sœurs », a préconisé la création d'une assurance contre l'enfantement. Mais nous avons vu que toute femme possède un moyen bien simple de prévenir une maternité qu'elle estime gênante · celui de recourir à la pratique devenue légale de l'avortement.

L'avortement est considéré dans tous les pays sinon

comme un crime, au moins comme un délit. La Russie bolcheviste, au contraire, soucieuse de ne point s'embarrasser des préjugés d'un autre âge, s'est empressée de l'autoriser, et M. Vaillant-Couturier salue dans cette mesure « une magnifique preuve de la santé morale de la Révolution. » [1] Le décret du 20 novembre 1920 qui réglemente l'avortement, permet d'y recourir pour raison de charges de famille déjà grandes ou d'une santé débile. Il est pratiqué au grand orgueil des Soviets par ces gynécologues spécialisés en la matière — une spécialisation de plus — et qui présentent, paraît-il, toutes garanties.

Dans cette voie on peut aller loin. N'a-t-on pas rapporté qu'au cours d'un Congrès de femmes communistes norvégiennes, tenu à Oslo en 1924, une certaine doctoresse a proposé, en faveur des femmes incapables d'élever leurs enfants, d'admettre le droit à l'assassinat légal des bébés dans les vingt-quatre heures qui suivent leur naissance ?

De telles pratiques ne condamnent pas la famille légitime. A la place d'un progrès, c'est la misère qu'elles ont créée. La présomption de paternité dans le mariage « bourgeois » aboutit encore à une certitude plus grande que cet ancien système qui avait fait faillite dans notre droit. Cette déclaration de la mère qui semble lui permettre à première vue de s'attacher un homme, est aussi illogique qu'elle est illusoire à tous points de vue. On proclame la femme l'égale de l'homme, on veut l'émanciper, et l'on n'a d'autres préoccupations que de lui assu-

(1) *Un Mois dans Moscou la Rouge*, p. 144.

rer, par la force, la protection d'un homme! Cette solution est indigne de la femme soucieuse de son égalité, et elle est indigne du mariage bolcheviste. Celui-ci, qu'est-il, en réalité ? Un simple accouplement selon les lois de la nature. Il suffit de regarder d'un peu plus près la nature pour trouver la solution du problème de la paternité. En effet, voyez cette chienne qui allaite ses petits. Elle ne se soucie pas du mâle qui en est le père et qui a fait, depuis, bien d'autres conquêtes. Cela ne l'empêche nullement d'assurer à ses petits toute la sollicitude dont elle est capable, et elle les élèvera, tant que son maître lui fournira la pâtée nécessaire. Supposez que l'Etat, qu'il soit russe ou tout autre, dans le rôle du bon maître, accorde à la femme la pension nécessaire à l'éducation de l'enfant qui vient au monde, supposez que le taux de cette pension, proportionnelle au nombre des enfants, soit suffisamment élevé pour que la maternité cesse d'être un fardeau pour devenir une source de richesse, vous aurez rendu complètement inutile le rôle de protection du père, la femme sera pleinement émancipée, elle aura enfin conquis le droit à l'amour et elle s'y adonnera d'autant plus volontiers que sa maladresse éventuelle sera pour elle non plus l'inquiétude ou la misère, mais une source de profits. Cela s'appelle le matriarcat. Il n'a rien de nouveau. Comme le phénix peut-être renaîtra-t-il de ses cendres avec l'épithète du progrès.

§ 2. — *La Puissance Paternelle.*
Des Droits et des Devoirs des Parents et des Enfants

A l'égalité des époux correspond l'égalité des enfants et des parents et, parallèlement à l'émancipation de la femme, on a procédé à l'émancipation de l'enfant.

Tout d'abord, les quelques droits qui constituent encore un semblant de puissance paternelle sont exercés également par les deux parents. Aucun n'a plus de prérogatives que l'autre et, en cas de désaccord, l'intervention du tribunal ou des organes de tutelles mettra fin aux litiges.

C'est la conséquence inévitable de l'absence de puissance maritale. Si deux volontés se heurtent sans que l'une prédomine et sans que l'autre se soumette, il faut une autorité qui ne peut qu'être étrangère à la famille. La femme, en voulant acquérir les droits de son époux, fait perdre tous droits à la famille et perd elle-même tous les droits sur ses enfants. Les quelques règles que nous allons rapidement passer en revue sont l'illustration saisissante de notre affirmation.

L'enfant porte le nom commun des parents. A défaut de nom commun, le nom de l'enfant résulte de l'accord des parents, et à défaut d'accord, le nom est fixé par l'organe de tutelle. (Art. 34.)

Les enfants non majeurs, donc âgés de moins de 18 ans, sont tenus, en principe, d'habiter avec leurs parents. Ceux-ci jouissent en effet d'un droit de garde, mais non plus

d'un droit de correction. Les parents ont le droit de réclamer l'enfant à toute personne qui le retient injustement. Mais le tribunal n'est pas lié par le droit des parents, et il tranche chaque fois la question en se plaçant uniquement au point de vue de l'intérêt de l'enfant. (Art. 44.)

Ce droit de garde que l'on accorde aux parents n'a d'autre objet que de leur permettre de prendre soin de l'enfant, de le nourrir, entretenir, éduquer (art. 41 et 42) et, en toutes circonstances, de défendre ses intérêts personnels et patrimoniaux. (Art. 43.) Ces diverses obligations leur incombent par moitié — (toujours le principe de l'égalité) — et cessent à la majorité des enfants. Cependant, l'obligation d'entretien est répartie entre les parents proportionnellement à leur situation matérielle. Elle doit se continuer après la majorité de l'enfant si celui-ci est indigent *et* incapable de travailler. (Art. 42.)

Les parents n'ont évidemment pas de droit de jouissance légale. Ils ne peuvent pas imposer une religion à l'enfant qui la choisit librement. En somme, ils n'ont que des devoirs.

Ils sont responsables de l'éducation des enfants et ont la stricte obligation de les préparer « à une activité sociale utile » ; traduisez : ils doivent en faire de bons communistes [1].

C'est au sujet de l'éducation que s'exerce, le plus,

(1) L'Eglise disait : Ils doivent en faire de bons catholiques. (Can. 1113.)

l'ingérence des pouvoirs publics dans les affaires de la famille. Toutes les mesures concernant l'enfant vont nécessiter ou l'abdication volontaire de l'un des époux, ou l'intervention d'un tiers. C'est un des moyens pour l'Etat de devenir un arbitre tout-puissant, d'épurer au filtre de sa conscience communiste la vie quotidienne de la famille. Cette politique nous est déjà connue ; elle n'est pas la seule. De même, en effet, qu'il importe de ne point laisser tomber l'enfant à la charge de l'Etat (il est trop pauvre), il convient tout d'abord d'éviter soigneusement qu'on en fasse dès son plus jeune âge un ennemi du régime. L'avenir du bolchevisme est à ce prix. Pour arriver à ce but, l'Etat possède une arme redoutable dans la déchéance, dont il va frapper les parents indignes de la confiance qu'il a bien voulu leur témoigner.

On estime inutile d'énumérer les causes de déchéance. Son opportunité est abandonnée à l'arbitraire du juge, et elle devient ainsi une peine d'autant plus redoutable que l'on en peut user à discrétion. Il y a encore d'autres moyens. Ils résident dans l'Ecole et dans ces associations de jeunesses communistes qui vont servir à modeler l'âme des petits.

L'enfant n'appartient pas à ses parents, il appartient à l'Etat. Il n'est laissé à sa famille que parce que l'Etat, dans sa situation financière actuelle, ne peut remplir convenablement le rôle d'éducateur qui lui incombe. Aussi l'enfant doit-il, lorsqu'il est en âge de gagner sa vie, secourir ses parents indigents et incapables de travailler, mais il ne leur doit honneur, obéissance et res-

pect que dans la mesure où ils se montrent fidèles aux principes bolchevistes. L'Etat se méfie des parents pour cette éducation politique. Il a mieux à sa disposition. L'Ecole est l'instrument de régénération communiste par excellence. C'est elle qui fait la génération de demain. C'est tellement évident que l'on comprend les luttes qu'elle soulève et combien autour de l'enfant une religion et l'Etat, ou des partis politiques peuvent s'affronter avec férocité. « La propagande parmi les enfants est peut-être la meilleure disait en 1925 le Comité exécutif de la Troisième Internationale — non pas parce que les enfants peuvent quelque chose par eux-mêmes, mais ils révolutionnent tout dans leur entourage. »

Les meilleurs élèves appartiennent, la plupart du temps, à ces associations de jeunesses communistes : *Pionniers* ou *Scouts Rouges* s'ils ont moins de 20 ans, *Komsomols* s'ils sont plus âgés. Là, on les prépare plus spécialement à la vie politique et à la lutte des classes. Ils subiront plus facilement l'emprise en les sortant de leur famille !

Il faut ajouter que les enfants apprennent aussi sur les bancs de l'école, toujours mixte, du gouvernement soviétique, que la pudeur est un préjugé bourgeois. Certains communistes s'en félicitent, d'autres prétendent, se réclamant sans doute de Freud, que les élèves des deux sexes s'intéressent trop à la chose publique pour s'intéresser à l'amour. Il paraît que les médecins-avorteurs ne partagent pas toujours cette opinion !

Quoi qu'il en soit, le résultat d'une semblable culture

est de provoquer une scission inévitable entre les parents et leurs enfants. Les dangers que nous semblent présenter toutes les associations catholiques se trouvent ici encore plus accentués. Quels liens, quelle affection peuvent unir l'enfant à ceux qu'il appelle ses « camarades générateurs ». Le résultat ne s'est pas fait attendre.

On ne peut pas connaître le nombre exact de ces enfants errants, de ces jeunes bandits qui pullulent aujourd'hui en Russie. « C'est mal traduire la réalité que de parler d'enfants, écrit M. J. Lyon [1]. Ce sont, à vrai dire, des bandes de chiens affamés ou de jeunes fauves de douze à seize ans, vêtus de loques, au regard menaçant, exigeant plutôt qu'ils ne mendient ; rôdant, pillant, dès que l'occasion s'en présente ; partageant entre eux le butin dû à la compassion et à la rapine ; devenus inaptes à tout travail, campant dans les villes, se réfugiant la nuit dans les gares, au voisinage des fourneaux à macadam ; émigrant l'hiver vers les climats plus tempérés... ; comptant moins de filles, sans doute moins résistantes, que de garçons, mais assez pour avoir semé parmi eux les maladies vénériennes. Bref, ils forment un groupe humain, spécial, en marge de la société et des lois et dont, sans doute, pour retrouver l'équivalent, il faudrait remonter aux périodes du Moyen-Age qui suivirent les crises de famines et de peste. »

Demain adultes et forts de leur expérience de maraudeurs, ces misérables se grouperont en de dangereuses

---

(1) Jacques Lyon, *La Russie Soviétique.*

bandes d'apaches contre lesquels il faudra organiser de véritables expéditions. L'existence de ces enfants errants peut être considérée comme la tare la plus édifiante du régime bolcheviste. Ayant sorti l'enfant de la famille, il récolte ce qu'il a semé.

TROISIEME PARTIE

La Dissolution du Mariage
Le Divorce

CHAPITRE PREMIER

LE DIVORCE EN DROIT CANONIQUE

Personne n'ignore que l'Eglise prohibe le divorce. L'indissolubilité est une des propriétés essentielles du mariage et revêt « dans le mariage chrétien une fermeté particulière par le fait même du sacrement. » (Can. 1013 § 2.) « Le mariage *valide, consommé, entre baptisés,* ne peut être rompu par aucune puissance humaine, ni par aucune cause, si ce n'est la mort. » (Can. 1118.)

Le principe de l'indissolubilité fut proclamé par l'Eglise dès son origine, mais il ne devait triompher qu'après de longs siècles de lutte. Sous l'Empire Romain, devant l'usage effréné du divorce, l'Eglise ne parviendra qu'à imposer aux empereurs chrétiens de ne le permettre que par consentement mutuel et de n'autoriser la répudiation que pour des causes déterminées. Dans l'Ancienne France, elle se trouve en présence des législateurs barbares qui accordent au mari la liberté la plus absolue de répudier sa femme. La législation des Conciles montre que, tout en proclamant l'indissolubilité du mariage, on admet toujours des tempéraments et, au Moyen-Age, on

appelle sentence de nullité ce qui n'est en réalité qu'un véritable divorce. On met à profit pour cela les empêchements presque indéfinis de parenté et d'alliance. L'Eglise ne pouvait d'ailleurs faire respecter sa prohibition qu'à partir du moment où elle allait acquérir la juridiction totale et exclusive en matière de mariage : la nullité de l'union contractée au mépris d'un précédent mariage ayant toujours été et devant toujours être la meilleure sanction de l'interdiction du divorce. Outre les législations civiles auxquelles elle se heurtait, l'Eglise eut aussi à lutter contre la théorie qu'elle avait vu professer dans son sein jusqu'au Concile de Trente, à savoir que le divorce était admis par l'Evangile au moins dans le cas d'adultère. Mais, à partir du Concile de Trente, on peut dire que l'idée du mariage indissoluble était suivie dans sa pleine austérité [1].

Sur quelles raisons l'Eglise fonde-t-elle la prohibition du divorce ? C'est ce que nous allons maintenant examiner.

Au début, la notion de sacrement ne sera pas invoquée et l'on se base uniquement sur certaines paroles du Christ et sur certains passages des Evangiles : « L'homme quittera son père et sa mère ; il s'attachera à sa femme et ils seront deux dans une même chair. Que l'homme, donc, ne sépare pas ce que Dieu a uni. » Comme l'homme et la femme ne constituent qu'une seule chair, il est évidemment impossible de les séparer. Telle est la déduction

(1) LEFEBVRE. *Op. cit.*, p. 252.

très simple qui semble s'imposer [1]. Elle va être reprise notamment par Saint Marc et Saint Luc qui vont traduire les paroles du Christ en disant que : « quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre commet un adultère. » Saint Mathieu, tout en admettant le principe de l'indissolubilité, va proposer une version un peu différente : « Quiconque renvoie sa femme, si ce n'est pour cause d'adultère, et en épouse une autre, commet un adultère. » Paroles regrettables ! car c'est d'elles que va venir tout le mal. Une interprétation, et une seule, semble évidente à première vue : le divorce est permis pour cause d'adultère de la femme, et comme, dès ce moment, l'Eglise posait le principe de l'égalité des devoirs des époux, on assimila l'adultère du mari à l'adultère de la femme. Une telle interprétation était la brèche largement ouverte dans le principe de l'indissolubilité, et l'Eglise va voir dans son sein, sans doute par une minorité, mais pendant longtemps, professer l'autorisation du divorce pour cause d'adultère de l'un des époux. C'est encore sur cette malheureuse parole que l'Eglise orthodoxe se basera pour tolérer le divorce et les protestants pour le revendiquer comme un dogme.

On essaiera de lui enlever toute sa portée : on remar-

---

(1) L'Evangile grec de Saint Mathieu présente une version légèrement différente. Il dit, en effet : « Et erunt duo in *carnem unam.* » L'accusatif marquerait donc ici le but, la destination de l'union conjugale ; il faudrait donc traduire : « Ils seront deux en vue d'une même chair », et cette même chair, c'est l'enfant. Il n'est donc plus question de l'indissolubilité. — Nous avons trouvé ce texte dans un ouvrage du cardinal Billot : *De Sacramentis*, tome II, p. 353.

quera que les mots « *nisi ob fornicationem* » [1] ne portent que sur le « *dimisit* » qui précède et le sens de la phrase est alors tout autre : l'homme peut renvoyer sa femme pour cause d'adultère, mais s'il en épouse une autre, il commet un adultère. Que cette analyse soit grammaticalement exacte, c'est très probable, mais on oublie d'ajouter que Saint Mathieu, considérant l'indissolubilité absolue du mariage, ne pouvait s'empêcher de s'écrier : « Si tel est le sort de l'homme, il est préférable de ne pas se marier. » [2] Il devient alors évident que, dans l'esprit de l'Apôtre, l'époux trompé pouvait répudier son conjoint et contracter un second mariage. Une telle opinion, d'ailleurs, ne porte nullement atteinte au principe de l'indissolubilité que l'Eglise va justifier d'une tout autre façon en évitant les contestations éventuelles.

Saint Augustin rattachait déjà l'indissolubilité du mariage à son caractère de sacrement. Ce sera la théorie du droit canonique classique. Nous la connaissons déjà : Le mariage est un sacrement car il représente l'union du Christ et de son Eglise. Cette union étant indissoluble, le mariage qui en est l'image doit l'être également.

Cette théorie n'est nullement abandonnée, mais nous allons la voir se fondre avec une théorie qui semble n'avoir acquis une grande importance que dans les temps modernes.

Depuis longtemps, on fondait l'indissolubilité sur le

---

(1) Evangile selon Saint Mathieu : « Quicumque dimisit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et alteram ducit, mœchatur. »

(2) « Si ita est causa hominis, non expedit nubere. » (*Evangile selon Saint Mathieu.*)

droit divin positif. Dieu lui-même aurait imposé à l'origine de la famille humaine le principe de l'indissolubilité comme devant être la règle du mariage. Mais surtout d'après une autre opinion, l'indissolubilité repose sur le droit naturel.

Ces deux idées se heurtaient à certaines objections. Elles conduisaient d'abord à admettre l'indissolubilité absolue, totale du mariage des infidèles. Nous savons qu'elle n'est que relative. En outre, si la prohibition du divorce résulte du droit naturel, on ne peut pas expliquer que Dieu ait permis le divorce aux Hébreux, car Dieu lui même ne peut pas enfreindre les règles du droit naturel. Enfin, ce droit naturel doit permettre de répudier l'époux stérile ou impuissant puisque alors le mariage ne répond plus au vœu de la nature.

On va distinguer deux sortes de droit naturel : le droit naturel primaire qui contient les préceptes élémentaires fondamentaux du droit de la nature. Ces principes s'imposent même à Dieu qui ne peut les écarter. Ce droit naturel primaire n'exige pas l'indissolubilité du mariage, car le divorce n'empêche pas la procréation des enfants. L'indissolubilité n'est exigée que par le droit naturel secondaire qui découle de l'autre et qui n'est que la conséquence plus éloignée de ces premiers principes élémentaires et intangibles. Le droit naturel secondaire ne s'impose pas d'une façon aussi absolue puisqu'il n'est en somme qu'un moyen de mieux assurer le droit naturel primaire. Il n'exige l'indissolubilité que parce qu'elle correspond aux vœux des

époux, à l'affection des parents et à la bonne éducation des enfants. De cette façon, les fins du mariage ou si l'on préfère de l'union sexuelle seront plus facilement atteintes. Mais ces seconds principes ne s'imposent pas à Dieu qui peut en dispenser. Voilà pourquoi il permit le divorce aux Hébreux « à cause de la dureté de leur cœur. » Mais au contraire, la distinction ainsi faite n'explique pas que le mariage des infidèles puisse être dissout dans certains cas et qu'on ne puisse répudier l'époux stérile.

On va rattacher cette théorie du droit naturel à celle qui fait résulter l'indissolubilité du sacrement. Le droit naturel secondaire seul, exige l'indissolubilité du mariage, mais ce principe peut subir quelques atteintes puisque le droit naturel primaire n'exige pas l'indissolubilité absolue. Le sacrement va nous donner la mesure de l'indissolubilité. Lorsque le mariage intervient entre baptisés il est un sacrement, donc l'image d'une union indissoluble. L'indissolubilité va devenir plus complète quand le mariage sera un sacrement. Mais ce sacrement n'acquiert la plénitude de sa force que par la consommation de l'union conjugale. Alors l'indissolubilité devient absolue. C'est ce que traduit le canon 1118 : « Le mariage... entre baptisés et consommé ne peut plus être rompu... si ce n'est par la mort. » On voit ainsi les trois degrés de l'indissolubilité :

Mariage entre infidèles : indissolubilité de principe exigée seulement par le seul droit naturel secondaire.

Mariage entre baptisés : indissolubilité renforcée par le sacrement.

Mariage-sacrement et consommé : indissolubilité totale, car l'œuvre de chair réalise l'identité absolue du mariage avec l'union du Christ et de l'Eglise perpétuellement attachés l'un à l'autre.

D'où l'on peut conclure que l'indissolubilité absolue du mariage ne résulte ni de la loi divine ni du droit naturel primaire, le seul qui soit intangible ; c'est donc qu'elle n'est imposée que par le droit ecclésiastique. L'Eglise seule prohibe le divorce et elle peut le permettre du jour au lendemain. Elle le permet d'ailleurs en appliquant tout naturellement les principes qui lui servent à justifier l'indissolubilité. Seulement, ce divorce, on l'appelle une dispense !

La dissolution du mariage pourra intervenir dans deux cas :

1° Un mariage a été contracté entre deux infidèles. Il n'est donc pas un sacrement au sens strict du mot puisque les deux époux ne sont pas baptisés. Si l'un d'eux reçoit le baptême et si son conjoint refuse de cohabiter pacifiquement avec lui, il peut contracter une seconde union qui, le jour où elle sera contractée, dissoudra automatiquement le premier mariage. (Can. 1020 § 1.) C'est le *Privilège Paulin.*

2° Le mariage a été contracté entre baptisés, mais il n'a pas été consommé. Le sacrement n'a donc pas acquis la plénitude de sa force et l'indissolubilité n'est pas absolue. Le mariage sera dissout dans deux hypothèses

(Can. 1119) : par la profession religieuse solennelle de l'un des époux ou par une simple dispense accordée par le Saint-Siège. Il suffira donc d'une demande presque toujours suivie d'enquête pour rapporter la preuve de la non-consommation. Ce dernier cas est la voie de droit actuellement préconisée pour attaquer un mariage pour cause d'impuissance puisque celle-ci, au sens tout au moins où l'entendaient les canonistes de l'époque classique, doit entraîner l'impossibilité de consommer le mariage. Il y a en tout cas dans cette hypothèse un moyen que l'on peut largement ouvrir pour tourner le principe de l'indissolubilité.

Ce divorce du droit canonique reste, du moins pour l'instant, une mesure exceptionnelle et, pratiquement, la séparation de corps est le seul remède aux époux désunis.

La séparation qui ne fait que détendre les chaînes du mariage, peut être accordée pour « une juste cause ». (Can. 1128.)

Deux sortes de causes peuvent être invoquées :

L'adultère est une cause péremptoire en ce sens que l'époux innocent peut se séparer de lui-même et ne peut jamais être obligé de reprendre la vie commune. (Can. 1129 et 1130.)

Toutes les autres causes (elles sont illimitées, il suffit qu'elles soient « justes » et entraînent une vie commune *intolérable*) nécessitent en général l'intervention de l'Ordinaire, qui peut ordonner à tout moment la reprise du mode normal d'existence, particulièrement si la cause qui justifiait la séparation vient à disparaître. Can. 1131.)

En pratique, comme toutes les causes canoniques de séparation sont prévues, ou à peu près, par le Code civil, la séparation prononcée par les tribunaux civils suffit à l'égard de l'autorité religieuse [1].

En cas de séparation, le devoir de cohabitation étant suspendu, il faut régler le sort des enfants. Ils doivent être confiés, dit le canon 1132, à l'époux innocent s'il est catholique, sinon à l'autre époux. L'Ordinaire conserve toute latitude pour prendre une décision qui doit être dominée par la question de l'éducation catholique des enfants. L'Eglise se place encore ici à son point de vue tout particulier. Il faut espérer qu'il coïncide toujours avec l'intérêt de l'enfant.

---

(1) Fourneret. *Op. cit.*, p. 355.

CHAPITRE II

LE DIVORCE DANS LE DROIT SOVIÉTIQUE

Le mariage prend fin par la mort ou par la déclaration judiciaire du décès. (Art. 17.)

Le mariage prend également fin par le divorce. (Art. 18.)

Les époux peuvent divorcer soit par consentement mutuel, soit sur le *simple désir* de l'un d'eux. (Art. 18.) Le divorce, basé sur le simple désir unilatéral, permet ainsi de mieux assurer la liberté de l'individu.

Le divorce peut être enregistré ou non-enregistré. Les époux, lorsqu'ils sont d'accord, n'ont qu'à se rendre au bureau de l'enregistrement en apportant la preuve de l'*enregistrement* de leur mariage (ou s'ils ne possèdent pas ce document, certifier sous leur signature cet enregistrement). Ils expriment même verbalement leur volonté mutuelle de divorcer et ils sont alors complètement libérés. (Art. 138.)

S'ils ne veulent pas se déranger tous les deux ou si l'un des époux désire seul divorcer, il lui suffit de faire lui-même cette déclaration, et « l'autre conjoint reçoit à l'adresse indiquée par le déclarant une copie de l'ins-

cription de la cessation du mariage intervenue. » (Art. 140.)

Rien n'est plus simple, par conséquent. Une seule petite difficulté peut surgir, mais seulement pour l'*enregistrement* du divorce, c'est que le mariage n'ait pas été enregistré. Dans ce cas, pour que le divorce puisse être enregistré, il faut que le mariage ait été préalablement établi selon les règles de cet article 12 que nous connaissons bien. (Art. 19.) On arrive ainsi à prouver le mariage à l'occasion du divorce et pour se ménager une preuve du divorce! Car l'enregistrement du divorce n'est évidemment qu'un moyen de preuve, facile et préétabli. Or, cet enregistrement, nous le voyons, ne nécessite qu'une condition : la preuve du mariage. Il est donc plus facile de prouver le divorce que de prouver le mariage et, partant, il est plus facile de divorcer que de se marier.

L'enregistrement n'est d'ailleurs nullement nécessaire. Le mariage résulte d'un état de fait, il est logique que le divorce résulte de la cessation de cet état de fait. Si donc les époux sont d'accord pour mettre fin à leur union, chacun s'en va de son côté. Si l'un des époux s'oppose au divorce, l'autre, suivant son simple désir, l'abandonne purement et simplement et, sans le moindre enregistrement, reprend sa liberté. Nous voyons là encore qu'il est plus facile de divorcer puisqu'il faut être au moins deux pour se marier.

Si le divorce n'est pas enregistré, il sera établi par le tribunal. (Art. 20.) La loi ne précise pas sur quels éléments pourra s'appuyer le tribunal pour constater le

divorce. Il faut penser qu'il lui suffira d'interpréter l'article 12, *a contrario*.

On peut difficilement mieux respecter la liberté de l'individu.

Toutes les conséquences que va produire l'extinction du mariage : le nom des époux, la garde des enfants, le montant de la pension alimentaire éventuellement due, sont réglées par l'accord commun des époux. Si cet accord est atteint et si le divorce est enregistré, il est fait mention de l'accord dans l'acte d'enregistrement. (Art. 22.) Si les époux ne peuvent s'entendre, le tribunal tranche le litige dans sa souveraine sagesse (art. 24), comme il intervient encore si, après réflexion, l'un des époux ou les enfants estiment les conventions insuffisantes ou si elles ne sont pas observées. (Art. 22 et 23.)

Si le divorce n'est pas enregistré, ses effets restent déterminés à l'amiable [1] et, en cas de contestations ou d'inexécution, le tribunal interviendra et pour établir le divorce et pour fixer les obligations qu'il aura fait naître. (Art. 20 et 24.)

Le législateur bolcheviste ne pouvait certainement, dans son ardeur communiste, aller plus loin. On ne peut en trouver un précédent qu'en remontant au Droit romain, et encore à une époque décadente où la répudiation était largement admise.

---

(1) En sens contraire. NOIRAULT. *Op. cit.*, p. 53. Selon l'auteur, le divorce non-enregistré ne pourrait produire aucun effet sans l'intervention du tribunal. Les articles 20 et 24 du Code et le principe de la toute-puissance de l'accord mutuel, seul créateur d'obligations, nous semblent contredire son affirmation. Elle revient d'ailleurs à nier la validité du divorce non-enregistré, validité expressément formulée par l'article 20.

Qui peut avoir à souffrir d'une telle situation ? Est-il nécessaire de préciser que ce ne peut être que la femme ? Celle-ci peut n'avoir d'autres torts que ceux de vouloir rester mariée. Sans doute a-t-elle un recours devant le tribunal qui pourra ordonner que son ex-époux lui assure l'entretien ainsi qu'à ses enfants. Mais, en ce qui la concerne, nous avons vu que cet entretien ne peut excéder une année, et encore en cas d'indigence et d'impossibilité de travailler. (Art. 15.) Il faut supposer que ce recours ne sera pas illusoire et que l'homme s'acquittera de sa charge. La loi russe ignore le délit d'abandon de famille. Aussi, dans la plupart des cas, la femme n'aura-t-elle d'autre ressource que de jeter ses enfants à la rue et, si elle est consciente de son égalité et de ses droits de bonne communiste et si elle a toujours le goût du mariage, elle pourra partir à la conquête d'un nouveau conjoint.

CHAPITRE III

LE DIVORCE DANS LE CODE CIVIL

Le principe de l'indissolubilité du mariage, œuvre de l'esprit chrétien, devait décliner et s'éclipser avec la puissance doctrinale et politique de l'Eglise.

L'apparition du Protestantisme fut la première manifestation de ce déclin. Les contrées qui adoptèrent la religion réformée admirent le divorce et le permirent même pour d'autres causes que l'adultère de la femme. La Révolution française, après avoir sécularisé le mariage, établit le divorce par la fameuse loi du 20 septembre 1792. La pensée des auteurs de la loi était que « la faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte. » Les conséquences de ce point de départ étaient les suivantes : la loi autorisait le divorce par consentement mutuel et permettait aux époux de rompre leur union par une simple déclaration devant l'officier de l'état-civil. En second lieu, on autorisait le divorce sur demande de l'un des époux pour des causes déterminées, aussi nombreuses

que variées. Les unes impliquaient l'idée d'une faute dont la demande en divorce constituait la sanction. D'autres se justifiaient seulement comme étant de nature à rendre la vie commune impossible ou intolérable. Enfin, couronnant le tout, l'admission du divorce pour simple incompatibilité d'humeur et de caractère n'était autre chose que la faculté de répudiation unilatérale, discrédit ionnaire du Droit romain et aujourd'hui du Droit soviétique.

Un décret postérieur du 4-9 Floréal An II acheva, comme on l'a dit, de donner au mariage la physionomie de l'union libre en décidant qu'il serait permis à l'officier de l'état-civil de prononcer le divorce sur un simple acte de notoriété délivré par le Conseil général de la commune ou sur l'attestation de six citoyens déclarant que les époux vivaient séparés depuis six mois au moins.

Cette législation aboutit, au moins dans les grandes villes, à un « torrent d'immoralité. »

Les rédacteurs du Code civil, inspirés en cette matière, comme en toute autre, par une pensée de transaction, maintinrent l'institution du divorce, mais sur des bases toutes différentes de celles du législateur révolutionnaire : on revient au principe de l'indissolubilité du mariage, considérée non seulement comme un idéal, mais comme une règle à laquelle il n'est dérogé que dans des cas tout à fait exceptionnels. De là la limitation restrictive des causes de divorce aux trois cas que nous connaissons actuellement. Sans doute le divorce par consentement mutuel reste en outre autorisé, mais on ne voit dans la volonté persévérante des époux qu'une présomption

dénotant l'existence d'une cause déterminée et un moyen de la dissimuler aux regards indiscrets. Aussi le Code entourait-il le divorce par consentement mutuel de formes et de conditions multiples et sévères destinées à en empêcher l'abus. Non seulement le divorce nécessitait une décision judiciaire, mais encore cette décision ne pouvait être obtenue qu'à la suite d'une procédure longue, compliquée et coûteuse.

Le divorce créait en outre diverses inaptitudes ou incapacités qui devaient encore faire réfléchir ceux qui y avaient recours : les époux divorcés ne pouvaient plus se remarier, l'époux contre lequel le divorce était prononcé pour cause d'adultère ne pouvait épouser son complice, l'époux contre lequel le divorce avait été rendu perdait les avantages que lui conférait son contrat de mariage. Ainsi réglementé, le divorce fut d'un usage assez peu fréquent. Loin de constituer un mal, il ne pouvait être qu'un bien.

Avec la monarchie revenait l'indissolubilité du mariage, et la loi du 8 mai 1816 supprimait le divorce. Cette loi, inspirée par des préoccupations confessionnelles, était une satisfaction donnée à l'Eglise et la conséquence de la Charte de 1814 proclamant la religion catholique religion d'Etat.

La suppression du divorce avait été la suite d'une révolution politique. Chaque révolution ultérieure devait être suivie d'un effort pour son rétablissement. Mais ce n'est qu'après la Révolution de 1870 que l'attaque, sérieusement déclenchée, fut couronnée de succès. L'apôtre de la réforme fut Alfred Naquet, dont la longue et tenace

campagne aboutit à la loi du 27 juillet 1884. S'il est un homme qui a subi bien des haines, c'est bien ce « Juif », qui n'était en définitive qu'un communiste avant la lettre et un peu un illuminé.

Les différents projets qui furent présentés par leur auteur à l'agrément des Chambres avaient été l'objet d'une modération successive. La première proposition de Naquet, en 1876, ne visait à rien moins qu'à la restauration du divorce outrancier de 1792. La loi de 1884 donnait au contraire au divorce une physionomie bien modérée et elle écartait en tant que cause le consentement mutuel des époux. Le législateur ne voulait faire du divorce qu'un remède d'exception, parcimonieusement dispensé aux mauvais ménages par des tribunaux méticuleux. L'indissolubilité du mariage restait toujours l'idéal et la règle. Ces causes impliquant toutes l'idée d'une faute ou d'un manquement graves aux devoirs du mariage, le divorce ne devait être qu'une sanction exceptionnelle mais nécessaire : « un mal à un plus grand mal. »

Théoriquement, les causes de divorce sont au nombre de trois.

Chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'adultère de l'autre. (Art. 229 et 230 du Code civil) [1] On s'accorde à admettre que l'adultère est une cause péremptoire de divorce, en ce sens que, la faute étant

(1) Si deux articles prévoient la même cause, c'est que dans le Code de 1804 l'adultère du mari n'était une cause de divorce que s'il constituait un délit pénal, c'est-à-dire s'il avait entretenu sa concubine au domicile conjugal. La loi de 1884 est donc un pas de plus vers l'égalité des époux.

démontrée, le divorce doit être obligatoirement prononcé, alors même que les juges l'estimeraient inopportun.

Une autre cause de divorce réside dans la condamnation de l'un des époux à une peine *afflictive et infamante* (Art. 232), c'est-à-dire à une peine criminelle pour infraction de droit commun. On estime que l'infraction commise est d'une telle gravité qu'elle peut logiquement entraîner la désunion du ménage.

Enfin, « les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre. » (Art. 231.) En réalité, cet article prévoit deux causes de divorce, étant donnée l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux.

Les *excès ou sévices graves* sont toutes sortes de violence commises par l'un des époux à l'égard de l'autre. Ils doivent dépasser la mesure de simples actes de vivacité et supposent presque une habitude pour être capables de rendre la vie commune intolérable. Ils restent l'objet de l'appréciation souveraine des tribunaux.

L'*injure grave* est de toutes les causes du divorce celle qui est la plus importante. Il est impossible d'en donner une définition. Le mot injure n'a pas le sens étroit et précis de l'infraction du même nom prévue par le Code Pénal. Est une injure grave, toute violation des devoirs nés du mariage et toute atteinte à la dignité des conjoints. Il y a donc injure non seulement quand le conjoint est outragé par des paroles, mais aussi quand il l'est par des actes contraires aux obligations légales *et même normales* des époux l'un envers l'autre. Pratiquement, la notion d'injure est susceptible de toutes les

interprétations, et on en arrive à des causes de divorce absolument illimitées.

Les décisions judiciaires qui attachent à tel ou tel fait le caractère d'une injure grave sont considérées comme souveraines parce qu'elles reposent sur une appréciation de fait. Elles échappent dès lors au contrôle de la Cour de Cassation qui se trouve hors d'état — en admettant qu'elle en ait envie — de mettre des bornes à l'extension de plus en plus large et débordante que les tribunaux donnent à la notion d'injure grave et à la multiplicité, abusive et contraire à l'esprit de la loi, des divorces qui résultent de cette extension. En outre, l'appréciation des griefs conjugaux pourra varier suivant le tribunal devant lequel la cause sera portée et on a dit « que le reproche d'incertitude peut s'ajouter aux reproches d'arbitraire que mérite ici l'interprétation donnée à la loi. »[1] A notre avis, cette jurisprudence ne peut pas être critiquée. Nous verrons pourquoi.

La procédure du divorce est actuellement sensiblement celle d'un procès civil ordinaire. Notons cependant que, dans le but d'éviter le divorce, la loi exige que la requête soit présentée en personne par l'époux demandeur, que la tentative de conciliation soit faite par le président du tribunal lui-même qui possède le droit de suspendre la procédure pendant vingt jours et que le tribunal peut, à son tour, retarder son jugement pendant un délai de six mois : tout cela pour tenter une réconciliation des époux. L'aveu n'est pas admis ici comme moyen de

(1) Colin et Capitant. *Op. cit.*, p. 210.

preuve pour éviter une collusion possible des époux et écarter la possibilité d'un divorce par consentement mutuel.

Toutes ces mesures sont illusoires et la décision bienfaisante vient bientôt apporter une liberté tant désirée. Cette décision détermine notamment la garde des enfants et le montant de la pension alimentaire. Celle-ci est, à l'égard des enfants, l'obligation d'entretien qui résulte de la filiation ; elle est au contraire, à l'égard de l'époux innocent, non pas l'exécution du devoir de secours, puisque le mariage est rompu, mais elle revêt alors le caractère de dommages-intérêts, d'une réparation, pour le préjudice causé par la faute de l'époux coupable.

L'inexécution de cette pension alimentaire expose son auteur aux voies d'exécution ordinaires, mais le recours du créancier restait illusoire au cas d'insolvabilité de son débiteur. La loi du 7 février 1924, en créant le délit d'abandon de famille, a apporté un certain appui à l'époux victime de l'insolvabilité volontaire de son ex-conjoint. Cette insolvabilité constitue désormais une infraction pénale, donc un moyen de coercition en principe très énergique [1]. Il n'en reste pas moins qu'il y a

(1) En réalité, lorsque l'on connaît la loi on peut y échapper. Mais il est facile d'y apporter la légère modification qui s'impose. Cette loi du 7 février 1924 n'est pas autre chose que le rétablissement, dans ce cas particulier, de la contrainte par corps en matière civile. Il y a longtemps, cependant, qu'elle était supprimée en cette matière, et il est assez piquant de constater que ce sont ceux qui demandent aujourd'hui la possibilité du divorce par simple désir unilatéral, qui réclament également la suppression de la contrainte par corps en matière pénale où elle s'était encore maintenue. Renonceront-ils à la protection de la femme ? La logique l'exigerait !

plus d'une femme qui se voit obligée, pour pouvoir vivre et élever ses enfants, à renoncer à la liberté qu'elle avait entrevue et à reprendre la vie commune. Cependant, notre loi est essentiellement plus protectrice que la loi soviétique !

Tel est le divorce dans le Code civil.

Que faut-il en penser?

Il est un argument en faveur de l'indissolubilité qu'il convient de laisser délibérément de côté. Le divorce porterait atteinte à la liberté de conscience des catholiques. Or, les époux catholiques ne sont pas forcés de divorcer. Ce que l'Eglise prohibe, ce n'est pas le divorce, c'est le second mariage. Si le divorce est imposé à l'un d'eux par un conjoint moins scrupuleux, il est toujours loisible au premier de se mettre en règle avec sa conscience en ne se considérant pas comme délié du lien conjugal. L'Eglise catholique fait profession d'ignorer le mariage civil. Le sacrement seul compte à ses yeux. Qu'importe donc à l'Eglise les solutions adoptées par le législateur laïque pour le mariage civil ? Il est seulement fâcheux, en pratique, que les deux législations ne coïncident pas : le conjoint divorcé et remarié qui revient à la foi peut être exposé à un conflit douloureux entre son devoir légal vis-à-vis de son nouveau conjoint et ses obligations de conscience vis-à-vis du premier. Mais il n'y a là qu'une petite conséquence de l'indépendance respective et nécessaire de la puissance spirituelle et de la puissance temporelle.

Cette question religieuse mise à part, on a justifié le divorce par bien des arguments. On a prétendu que le mariage devait être, en principe, contracté pour la vie

entière ; mais qui dit perpétuité ne dit pas nécessairement indissolubilité. Il arrive que la vie commune devienne impossible, le ménage un foyer de troubles et une cause permanente de scandale. C'est un mal qui résulte des passions et des faiblesses humaines. Devant des situations souvent très douloureuses, le législateur doit intervenir. La séparation de corps est un remède insuffisant : en supprimant la vie commune, elle supprime sans doute les causes journalières de froissement, mais elle laisse subsister le mariage, et l'existence des deux époux se trouve sacrifiée sans espoir. Ils se trouvent condamnés au célibat forcé, ce qui les pousse très souvent dans le concubinage adultère. La cause du mal est le mariage, c'est lui qu'il faut rompre, et le seul remède c'est le divorce. On objecte à cet avantage l'intérêt des enfants ; il est certain qu'ils sont sacrifiés dans le divorce, mais ils le sont aussi dans la séparation de corps, comme ils le sont presque autant entre deux époux qui se haïssent et dont ils peuvent être témoins de l'immoralité. Le divorce leur impose quelquefois une marâtre ou un beau-père, mais cette situation, qui ne tourne pas toujours à leur détriment, existe aussi dans le second mariage après décès. Dans ces conditions, on a pu conclure que le divorce était un mal nécessaire parce qu'il peut être le remède d'un mal plus grave.

Rien n'est plus juste. Personnellement, l'indissolubilité absolue du mariage ne nous semble pas pouvoir être défendue. Il et impossible d'admettre que la loi rive indéfiniment l'un à l'autre l'époux adultère et l'époux toujours fidèle. Souvenons-nous que Saint Matthieu permet-

tait alors le divorce et que l'Eglise seule maintient de sa seule autorité l'indéfectible chaîne. Nous choisissons ce cas, étant donnée son évidente gravité. Mais il y a d'autres situations infiniment douloureuses et pratiquement sans issues, si ce n'est l'abandon définitif de l'un des époux par l'autre. Et alors leur interdire tout remariage c'est les condamner volontairement à vivre en marge de la société.

L'Eglise peut y pallier, elle a à sa disposition le geste du pardon! Mais c'est un remède que la loi civile ne possède pas. On a dit que les maisons de tolérance étaient les soupapes de sûreté du mariage indissoluble. Il est préférable de leur substituer le divorce. Il faut donc l'admettre et, à cet égard, la religion protestante comme l'Eglise Orthodoxe a trouvé la solution raisonnable qui était en somme celle de la loi de 1884. Le divorce ne doit être admis que pour des causes très peu nombreuses, particulièrement graves et limitativement déterminées. Tel est l'idéal ; il est aujourd'hui inaccessible.

On ne peut raisonnablement prétendre que « le mal » devait nécessairement attirer un plus grand mal et que le seul fait du rétablissement du divorce devait fatalement entraîner un abus. L'intervention du législateur qui, depuis 1884, l'a encore rendu plus facile, l'extension croissante qui en a été faite par les tribunaux ne sont pas la cause de son usage effréné et du danger considérable qu'il fait courir à la famille. L'indissolubilité du mariage répugne aujourd'hui à la conscience moderne. L'individu, dans son désir constant d'une plus grande liberté, la femme dans son fol espoir d'émancipation, l'homme et la

femme dans un individualisme toujours accru ne peuvent que considérer comme intolérable une chaîne qu'ils ne peuvent pas briser. Car c'est la femme qui demande le divorce alors que l'indissolubilité est surtout faite pour la protéger. Et il n'est pas à présumer que les fautes de l'homme soient plus nombreuses que les siennes, car, si l'on se reporte aux statistiques, on constate qu'en 1913, par exemple, 2.626 divorces étaient prononcés pour adultère de la femme et 1.609 seulement pour adultère du mari.

On ne considère plus aujourd'hui le mariage comme perpétuel et en principe indissoluble, parce qu'il n'est plus qu'une simple association contractée sous bénéfice d'inventaire. Aussi le législateur et les juges n'ont fait que suivre, non sans résistance et avec un certain décalage, l'évolution des mœurs pour tâcher d'y adapter la loi. Leur résistance eût été vaine. Aussi la loi du 18 avril 1886 a commencé par simplifier la procédure du divorce que l'on avait rendu compliquée pour rendre le divorce moins accessible. La loi du 15 décembre 1904 a abrogé, nous l'avons vu, l'interdiction pour l'époux adultère d'épouser son complice. La conversion de la séparation de corps en divorce au bout de trois ans était facultative pour le juge. La loi du 6 juin 1908 lui a fait une obligation de la prononcer [1]. Les époux divorcés qui se remariaient ne pouvaient plus demander le divorce, sauf pour une condamnation à une peine afflictive et infamante. La loi du 5 avril 1919 a supprimé ce dernier vestige de l'indis-

(1) Une proposition de loi tendant à réduire le délai de conversion à deux ans sera sans doute votée incessamment.

solubilité, tandis que celle du 26 mars 1924 a fait presque complètement disparaître les restrictions aux droits des époux de se remarier entre eux. Nous connaissons encore l'extension donnée par la jurisprudence à la notion de l'injure grave.

Ces mouvements ne sont qu'un reflet assez timide du mouvement d'idées relatif à l'élargissement du divorce. Toute une campagne d'opinion est menée par une certaine littérature pour obtenir le rétablissement du divorce par consentement mutuel et même par la volonté d'un seul. Le mariage est un contrat et les volontés qui l'ont créé doivent pouvoir le dissoudre. Le louage de services, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'un seul, et on en vient à réclamer le droit de répudiation unilatérale dans le mariage.

La pratique n'a pas attendu la réalisation des réformes législatives projetées pour réaliser un élargissement du divorce. On prononce aujourd'hui les divorces par consentement mutuel dont la cause légale est simulée, et ces divorces sont infiniment plus faciles à obtenir que lorsqu'on reste dans le cadre de la loi, lorsque l'un des époux invoque même l'adultère dont la preuve peut quelquefois entraîner quelques difficultés. Il est beaucoup plus facile de simuler un abandon du domicile conjugal suivi d'une sommation de réintégrer demeurée sans effet, et plus simplement encore, on se contente de l'envoi d'une lettre injurieuse dont les termes sont convenus d'avance. Peu importe que le divorce soit prononcé aux torts d'un époux, la question pécuniaire qui sera prévue

par la décision du tribunal pourra, en réalité, se trouver réglée à l'amiable... comme en droit soviétique.

Nous n'en sommes pas encore là, et nous devons reconnaître que les solutions que nous venons d'indiquer restent un peu exceptionnelles. Il y a encore des cas où il n'est pas très facile de divorcer. Mais on peut admettre cependant que sur mille mariages, il y en a près de quatre-vingts qui sont dissous par le divorce. Ce nombre ne peut aller qu'en augmentant, alors que rien ne laisse prévoir que la nuptialité soit susceptible de ne pas diminuer.

Le divorce est donc bien entré dans les mœurs et voilà le mal considérable qu'il peut provoquer, voilà le grief que l'on peut lui faire : il est considéré aux yeux de tous, étant donnée sa facilité, comme un moyen normal dont on pourra toujours user. Cette pensée ne nous semble pas de nature à attirer l'attention des époux de demain sur la gravité de l'union qu'ils vont contracter. Le mariage devient ainsi, aussi bien pour la femme que pour l'homme, une distraction, une aventure où on se laisse aller par un soir de printemps ou tout simplement une affaire que l'on peut essayer de réussir. Le remède sera à la portée du mal. En cette matière, l'effet réagit sur la cause tout autant que la cause produit l'effet. Mais le danger le plus grave tient au désordre qu'entraîne dans la famille la perspective du divorce facile. La possibilité du divorce, si elle est un remède à l'adultère, y incite également. Elle envenime en outre les inévitables querelles conjugales et fait obstacle même aux concessions.

Et ces concessions, l'esprit moderne y prédispose-t-il l'individu. Lui enseigne-t-on le sacrifice ? C'est dans ce siècle « du mufle » que l'on a osé dire à la femme : « Ton corps est à toi. » Comment prétendre alors aux ménages unis ou au moins suffisamment résignés pour assurer un foyer à l'enfant ? Le mariage à l'essai doit logiquement devenir plus fréquent. Ce sera une cause de plus de la baisse de la natalité.

A cela un seul remède : revenir de toute nécessité à une pratique très restrictive et étroitement réglementée du divorce. Il nous semble impossible de l'espérer. Il y a des courants que l'on ne peut pas remonter. La crise du mariage, comme la crise du divorce, ne sont que les conséquences d'une crise de moralité.

On en voit tout le danger, car la supériorité du mariage sur l'union libre réside dans la stabilité du premier. Si le mariage n'est plus qu'une union temporaire qu'on peut briser à volonté, la différence qui le dépare de l'union libre n'est plus qu'une différence de mot.

Alors, le mariage russe ? Sous un régime bourgeois !

CONCLUSION

CONCLUSION

Une conclusion est-elle bien nécessaire ?

Nous nous sommes efforcé, au prix, peut-être, de développements souvent trop longs, à mettre en relief non seulement des comparaisons intéressantes et curieuses, mais encore et surtout les principes et les tendances des trois législations que nous avons étudiées. Il nous semble que la conclusion peut s'en dégager d'elle-même, et ces quelques lignes n'auront qu'une valeur accessoire, bien que pouvant remédier cependant à une éventuelle inhabileté.

La législation canonique, dont « la force réside dans la tradition et l'immobilité », repose essentiellement sur un principe d'autorité. Son évolution, toute de forme, n'a pas influé sur le fond, et on peut seulement dire qu'elle ne recule plus aujourd'hui devant les formalités nombreuses qu'elle impose à ceux qui contractent mariage selon sa loi. Elle enchaîne les époux dans la dure

et intangible loi de l'indissolubilité. Elle soumet la femme au mari, et si elle émancipe quelque peu l'enfant, c'est pour mieux se l'assujettir et pour garantir l'avenir, car c'est l'homme de demain. A tous, elle dénie le droit à la liberté absolue qui mène à l'égoïsme et à l'individualisme. Bien au contraire, elle recommande et exige la soumission, le sacrifice et le renoncement pour assurer la fin normale de l'individu : la vie éternelle. Cette perspective, qui doit être le mobile directeur de tous les actes de l'homme et qu'il ne doit jamais perdre de vue, est d'ailleurs suffisante pour lui assurer le bonheur, même dans cette « vallée de larmes ».

Telles sont les raisons qui justifient sa conception du mariage.

*
* *

En face de la législation du passé se dresse le droit révolutionnaire. Celui-ci proclame les droits pour l'individu de prétendre à la liberté la plus absolue et, partant, au maximum de bonheur qu'il est en droit d'attendre de la vie. Parmi ces droits, le droit à l'amour est revendiqué comme un dogme. Pour atteindre ce but, on supprime toutes chaînes ; pour assurer la liberté et l'égalité de chacun, pour émanciper la femme et l'enfant, on aboutit au mariage sans formalités, au divorce sur le désir d'un seul, à l'égalité des époux et à l'égalité des enfants et des parents. Cette égalité se traduit par l'anéantisse-

ment de tous les droits et de tous les devoirs. On donne à l'union libre l'étiquette du mariage.

Nous avons montré tous les rapprochements qui existaient entre cette législation et le droit de l'Eglise, rapprochements qui n'ont rien d'étonnant, nous le savons, puisqu'elle est une religion et qu'elle n'a fait qu'emprunter, en les adaptant à un but révolutionnaire, des institutions religieuses ou civiles tombées en désuétude.

Mais, malgré ces curieux points de contact, un abîme les sépare.

Nous avons encore montré que ces principes d'égalité, de respect de l'individu, d'émancipation et de protection de la femme, étaient entre eux inconciliables et qu'ils se retournaient, en définitive, contre la femme et l'enfant, dont il est impossible d'assurer la protection en respectant la liberté et l'individualisme de l'homme. Or, celui-ci n'a pas été sacrifié et il ne pouvait pas l'être. La loi de la nature exige son sacrifice volontaire, sacrifice qui est librement consenti dans le mariage digne de ce nom, et dont les chaînes garantiront la sécurité du foyer.

*
* *

Entre ces deux législations, le Code civil peut être considéré comme un juste milieu.

Malgré son caractère de transaction, lui aussi avait institué le mariage sur le principe d'ordre et d'autorité. Ce principe, s'il n'a pas encore disparu, est en train de

disparaître, et si celui de liberté totale n'apparaît pas encore dans la loi, il n'est pas osé de dire qu'il est l'idée et même l'idée-force de l'esprit moderne. Il n'est pas inscrit dans la loi, mais il est en lettres d'or dans les mœurs.

Nous connaissons l'évolution subie par notre Code. Devant les progrès effrayants de l'union libre, devant la crise du mariage et de la natalité, le législateur s'est efforcé en toute hâte de réduire et de simplifier les conditions de fond et de forme du mariage.

L'enfant unique ou l'enfant de la famille volontairement réduite a acquis une importance, et mieux, une individualité qu'il ne connaissait pas jusqu'alors. Contraint à le prendre en considération, le législateur s'est vu forcé à intervenir pour mieux le protéger, et cela d'autant plus facilement que son émancipation correspondait avec un relâchement des devoirs de la puissance paternelle, devenue une charge trop lourde pour le ménage moderne. De là toutes les lois protectrices de l'enfant que nous avons constatées, et qui sont toutes comme autant d'atteintes à l'autorité du père de famille.

La femme, à son tour, s'est lancée à l'assaut de la puissance maritale. Aussi sournoisement que savamment subjuguée, elle a senti brusquement que son incapacité lui devenait odieuse. La loi a dû encore ouvrir des brèches dans l'antique autorité du mari pour satisfaire la soif d'émancipation de l'épouse. Enfin ce désir plus grand de liberté, cet individualisme toujours plus accentué qui conduit logiquement et tout simplement à l'égoïsme ne pouvait que rendre plus insupportable toute

entrave quelconque et devait faire paraître encore plus lourde la chaîne du mariage. Le divorce s'est alors timidement introduit. Mais les mœurs débordant déjà la loi, ont fait prendre bientôt à ce remède exceptionnel une ampleur considérable. Il menace demain de devenir la règle normale de dissolution du mariage.

Or, si l'on établit dans le mariage le principe de la séparation des patrimoines, si l'on supprime toute autorité, toute contrainte, pour les remplacer par l'égalité des époux, par leur indépendance réciproque et par l'indépendance des enfants, si l'on accorde à ce ménage la possibilité d'un large divorce, quel est le lien qui peut désormais l'unir, que devient la communauté de vie, où est l'attache intime et profonde qui constitue le mariage ? C'est la destruction totale du foyer, et il n'y a plus qu'une différence de mots entre le mariage et l'union libre. C'est donc le mariage russe. Nous connaissons ses résultats.

Cette évolution que nous venons de tracer est aujourd'hui traduite dans notre Code. Les lois qui en sont l'expression, nous pouvons constater qu'elles sont loin d'être illusoires. Elles sont une réalité tangible et la preuve des atteintes graves qui ont été portées à la conception de la famille telle que la concevait le Code de 1804.

Le mal serait d'une gravité relative si ces lois étaient le reflet exact de l'état des mœurs. Dans ce domaine de la famille, le législateur, nous l'avons déjà dit, n'intervient que pour obéir et rarement pour commander ; et l'on peut dire que la loi, lorsqu'elle intervient, n'est

qu'une timide traduction, un pâle reflet des aspirations de l'individu à une époque qui est déjà passée. Et ces lois nouvelles craquent déjà de toutes parts. Le juge ne cessera pas de les étendre pour essayer encore de les adapter.

Or, ce n'est pas tant la suppression ou la modification de la loi du divorce, par exemple, qui pourra enrayer ou même atténuer ce glissement continuel, lent sans doute, mais d'autant plus redoutable qu'il est insensible, vers un nouveau « torrent d'immoralité. » C'est un lieu commun de dire — mais il faut le répéter — que la crise de la famille, que la crise du mariage est une crise de moralité.

Il est tout aussi incontestable que des raisons d'ordre économique en sont surtout la cause [1]. Le XIX[e] siècle en est le grand responsable qui a vu naître la vapeur et l'électricité. En effet, sous l'influence des changements économiques, les conceptions morales ne peuvent qu'évoluer, car toute modification à l'organisme social détermine une modification dans notre façon de concevoir les choses. C'est dans la famille que le développement du machinisme devait surtout produire ses ravages.

La dernière guerre n'a fait que les accentuer. Elle a accru chez l'individu l'unique souci des préoccupations matérielles. D'autres Scythes ont encore conquis le

(1) On lira avec profit, à ce sujet, le remarquable ouvrage de M. Lucien ROMIER : *Promotion de la Femme*. Nous n'y ferons qu'une réserve, c'est que le titre de « Déchéance » eût été plus exact.

monde qui ont restauré le culte du Veau d'Or. Ce culte, lorsqu'il atteint un certain degré, doit logiquement conduire, s'il est le seul mobile de l'activité humaine, au principe de l'immédiate satisfaction de l'instinct, principe qui aboutit lui-même dans les rapports des sexes... au mariage russe, tout simplement.

Les circonstances économiques actuelles, des événement financiers malheureux et récents peuvent, peut-être, laisser espérer, sinon prévoir, que l'intelligence et le travail peuvent encore se libérer de l'esprit de lucre et de la basse spéculation. L'Esprit peut encore triompher de la Chair. On parle bien souvent du bon sens de notre race, qui, dans un sursaut d'énergie — l'Histoire en témoigne — s'est maintes fois sauvée de situations plus désespérées.

En ce qui concerne la famille, l'avenir nous dira si elle gagnera cette rude bataille et si elle survivra aux atteintes plus graves qu'elle ne va pas manquer de subir.

Nous voulons l'espérer car, en réalité, la famille est le but social même de l'homme et de la femme. Elle fait partie intégrante de leur nature. C'est la véritable fin de la vie. En dehors de ce but éternel il n'y a que de l'artificiel et de l'à-côté. L'homme ne pourra-t-il se rendre compte de son erreur ? La jeune fille, la femme de demain, ne s'apercevra-t-elle pas que « quand on a trouvé le moyen de *la* tromper par l'appât de la liberté, elle suit en aveugle pourvu qu'elle en entende seulement le nom. » [1]

(1) Bossuet.

La liberté n'est pas du domaine de la famille. L'homme et la femme y auraient tout à perdre et rien à y gagner. Puissent-ils donc se persuader de la vérité de cette belle parole :

« Donner la vie ne consiste pas uniquement à procréer des enfants : on doit les élever, les mettre en état de se suffire ; on doit en faire des hommes. Il faut pour cela l'union étroite, indissoluble, l'existence en commun du père et de la mère ; il faut le foyer, il faut la famille. » [1]

C'est là le devoir.

Et le bonheur est à ce prix.

---

(1) Paul DOUMER, *Le Livre de mes Fils.*

NANTES, 25 Avril 1931.

Vu : *Le Président de la Thèse.*
Roger LENOAN.
Rennes, le 3 juin 1931.

Rennes, le 9 juin 1931.
Vu : *Le Doyen de la Faculté,*
Charles BODIN.

Vu et permis d'imprimer
Rennes, le 10 juin 1931.
Le Recteur de l'Académie,
Georges DAVY.

TABLE

INTRODUCTION 9

— *PREMIÈRE PARTIE* —

LE LIEN DU MARIAGE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU MARIAGE :

La Législation Canonique 15
Le Code Civil 33
La Loi des Soviets 42

CHAPITRE PREMIER

Les Fiançailles 51

CHAPITRE II

Des conditions de fond requises pour contracter mariage 57
Section I. — Le Consentement 57
Section II. — Des autres conditions de fond.... 83
Section III. — Le Consentement des Parents au Mariage de leurs Enfants 119

CHAPITRE III

Les Formalités du Mariage 127
Section I. — Les Publications 127
Section II. — Des Pièces à remettre pour la Publication du Mariage 133
Section III. — La Célébration du Mariage 138
Section IV. — Preuve du Mariage 154

CHAPITRE IV

Les Sanctions des conditions du Mariage (les Dispenses, les Oppositions, les Nullités) 159

— *DEUXIÈME PARTIE* —

LES EFFETS DU MARIAGE :

CHAPITRE PREMIER

Des Effets du Mariage en Droit Canonique 179
Section I. — Des Effets du Mariage à l'égard des Epoux 181
Section II. — Des Effets du Mariage à l'égard des Enfants 192

CHAPITRE II

Des Effets du Mariage dans le Code Civil 201
Section I. — Des Effets du Mariage à l'égard des Epoux 201
Section II. — Des Effets du Mariage à l'égard des Enfants 215

CHAPITRE III

Les Effets du Mariage en Droit Soviétique 229
Section I. — Des Effets du Mariage à l'égard des Epoux 229
Section II. — Des Effets du Mariage à l'égard des Enfants 235

— *TROISIÈME PARTIE* —

CHAPITRE PREMIER

Le Divorce en Droit Canonique 251

CHAPITRE II

Le Divorce dans le Droit Soviétique 261

CHAPITRE III

Le Divorce dans le Code Civil 265

CONCLUSION 279

IMPRIMERIE FRANCIS SIMON, RENNES.